

De Curator en de Failliet

De Curator en de Failliet

Insolad Jaarboek 2019

Onder redactie van:

Mr. R.F. Feenstra
Mr. M.A. Broeders
Mr. Ph.W. Schreurs

2019

WOLTERS KLUWER – Deventer

Verkorte citeerwijze: Feenstra, Broeders & Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet* (Insolad Jaarboek 2019) 2019/[paragraafnummer].

Volledige citeerwijze: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet* (Insolad Jaarboek 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

ISBN 978 90 13 15256 2

ISBN 978 90 13 15257 9 (E-book)

NUR 827-704

© 2019 Wolters Kluwer Nederland BV, Insolad

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

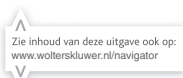
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.



NAVIGATOR

Inhoud

Voorwoord van de Redactie	VII
1. Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissementen is veel lastiger dan het lijkt Prof. dr. dr. R.W.M. Giard	1
2. De impact van financiële problemen Dr. T.E. Madern, Dr. L van Teeffelen en Dr. N. Jungmann	27
3. De actio pauliana en het menselijke tekort Mr. M.A. Broeders	51
4. Achterwerk van toezicht Mr. P.J. Neijt	71
5. Conflictmanagement in faillissementen Mr. E.E.A. Dijkhoorn	87
6. De nieuwe Insolventie-Advocaat Mr. Ph.W. Schreurs	107
7. De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon Mr. F.B. Bosvelt en Mr. I.C. Lok	131
8. Procedurele aspecten van het oorzakenonderzoek in faillissement Mr. dr. R.M. Hermans	157
9. De Curator en de Failliet – Diverse aspecten van het Oorzakenonderzoek Mr. E.J. Oppedijk van Veen en Mr. V.G.M. Leferink	191
10. Besturen in the twilight zone Mr. A. van der Schee en Mr. L. van Dieren-Muller	213
	V

Inhoud

11.	De failliet op de verificatievergadering: meer kansen dan valkuilen? Mr. E.J.R. Verwey	237
12.	De arme curator en de failliet: hoe ons zekerhedenrecht de doelstellingen van het faillissement heeft ondermijnd en wat daaraan gedaan zou moeten worden Prof. mr. R.M. Wibier	251
13.	De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster? Mr. R.F. Feenstra	267
14.	Met de deur in huis vallen? Over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator Mr. H.J. de Kloe	287
15.	De curator en de failliet in internationaal verband – ervaringen uit de herstructurering van Oi Mr. L.J.J. Kerstens en Mr. H. Zourakhti	313

Voorwoord van de Redactie

Op 1 februari 2019 houdt Insolad haar jaarcongres in Rotterdam. De redactie hoopt de deelnemers weer beslagen ten ijs te laten komen door deze congresbundel enkele dagen voordien toe te sturen. In al die jaren waarin Insolad jaarlijks uitgebreider en inhoudelijker stilstaat bij één thema kwamen tot nu toe allerlei aspecten *van het faillissement* aan de orde, maar kwam de failliet *zelf* maar zelden voluit in beeld. Het faillissement is er in het belang van de gezamenlijke crediteuren. Maar meer en meer komt er aandacht voor degene die de schulden aan die crediteuren heeft, de partij die we in de congresstitel gemakshalve aanduiden als ‘de failliet’.

Die partij speelt vanzelfsprekend een belangrijke rol. Natuurlijk in de eerste plaats omdat de failliet (inclusief de bestuurder van de gefailleerde vennootschap) verplichtingen heeft die van belang zijn voor de behandeling en afwikkeling van het faillissement. En omdat hij in de botsing van belangen eigen rechten heeft en houdt en het van belang is die goed in het oog te houden. Maar ook door de aandacht die aan het verschuiven is naar ‘pre-insolventie’ en de ontwikkelingen die een schuldenaar in staat moeten stellen in die fase zelf nog het nodige ten goede te keren. En uiteraard doordat we in een faillissement indringend terugkijken, maar die scherpe blik niet altijd de volledige werkelijkheid waarneemt: het woord *hindsight* valt in deze bundel meer dan een enkele keer.

De bundel is gevuld met bijdragen van een uiterst evenwichtig verdeelde doorsnee uit de groepen die Insolad tot een zo interessante vereniging maken: vijf uit de faillissementspraktijk (een rechter-commissaris en vier curatoren), vijf uit de adviespraktijk en vijf uit de wetenschap. De redactie is bijzonder dankbaar voor al hun artikelen die ongetwijfeld een goede basis bieden voor een boeiend congres en een zinvolle discussie.

Redactie Insolad 2019
Frank Feenstra
Michael Broeders
Flip Schreurs

Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissementen is veel lastiger dan het lijkt

R.W.M. GIARD¹

The market can stay irrational longer than you can stay solvent.
John Maynard Keynes (1883-1946)

1. Inleiding

Waarom leggen ondernemingen of instellingen het loodje? De rechtbank Rotterdam gaf onlangs aan dat van de curator verwacht mag worden dat deze steeds onderzoek doet naar de oorzaken van het faillissement.² Zonder zo'n doorlichting is het immers onmogelijk om te kunnen beoordelen of er sprake zou kunnen zijn van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot.³ Maar wat is nu de strekking van deze opdracht?

De Faillissementswet zelf schrijft een dergelijke onderzoeksplicht niet expliciet voor. Indirect zou echter uit de bepalingen van artikel 68 lid 2 Fw, artikel 2:9, 2:138 en 2:248 BW kunnen worden afgeleid dat de curator wél onderzoek zou moeten doen om te beoordelen of de bestuurders hun taak naar behoren hebben vervuld. De stelling dat bij faillissementen altijd een oorzakenonderzoek dient te worden uitgevoerd, wordt niet door iedereen onderschreven. In zijn Leidse oratie stelt Vriesendorp dat een algemeen geldende onderzoeksplicht voor de curator onnodig is en zelfs ongewenst.⁴ Ook annotator Tekstra nuanceert in zijn commentaar deze plicht.⁵

-
1. Raimond Giard is arts, jurist en methodoloog. Hij is emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR. Met dank aan Reinout Vriesendorp, Ruud Hermans en Michael Broeders voor hun kritische commentaren en verbeteruggesties bij de totstandkoming van deze tekst.
 2. Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, *JOR* 2017/278, m.nt. A.J. Tekstra.
 3. Ex artikel 68 lid 2 sub a Fw. De term 'onregelmatigheden' omvat hierbij het ontbreken van een adequate administratie, het verrichten van paulianeuze handelingen voorafgaand aan een insolventie en gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur.
 4. Vriesendorp 2017, p. 153 e.v. en zie ook Vriesendorp 2018.
 5. Zie noot 2.

Wat levert zo'n onderzoek, met alle daaraan verbonden kosten en inspanningen, nu werkelijk op? En is de curator zowel qua juridische positie als qua kennis eigenlijk wel de meest geschikte persoon om een dergelijke analyse te verrichten?⁶ Als term klinkt 'oorzakenonderzoek' voorshands nogal globaal. Wat zijn hier nu precies doel, methode en object van zo'n onderzoek? Tegen welke problemen loopt de curator bij zo'n analyse dan aan, hoe frequent en hoe lastig zijn die dan? Herkent die wel alle problemen die om een nadere bestudering en verklaring vragen? Zo maar enkele vragen, die duidelijk maken dat er over deze materie een brede en vooral diepe reflectie nodig is.

Dezelfde onderzoekproblematiek treffen we ook aan bij de enquêteprocedure naar de gedragingen van een rechtspersoon om vast te stellen of er sprake was van wanbeleid.⁷ Immers, zonder feitelijke grondslag is het vaststellen van wanbeleid onmogelijk. In een aantal gevallen gaat het daarbij om ondernemingen in staat van faillissement. Als de curator onderzoek wil doen naar de in- en externe oorzaken van dat faillissement of er in het kader van een enquêteprocedure een beoordeling over het handelen van de bestuurders van een rechtspersoon dient plaats te vinden, komen we in essentie dezelfde vragen tegen.

Een oorzaakonderzoek bij insolventies speelt zich af binnen een juridische context en die biedt zo een normatief positiefrechtelijk kader.⁸ Dat is echter voor het realiseren van een rechtvaardige rechtspraktijk nochtans niet genoeg, omdat daaraan een juiste vaststelling van alle relevante feiten en omstandigheden vooraf dient te gaan. Wie de feiten en omstandigheden waardoor een onderneming failliet ging deugdelijk wil vaststellen, heeft daarnaast nog een ander methodologisch-kentheoretisch normatief kader nodig: hoe voer ik het onderzoek op de juiste wijze uit en op welke valkuilen en dwaalwegen moet ik daarbij bedacht zijn?⁹ De onderzoeker moet dus van maar liefst twee normatieve walletjes tegelijk eten. Dat geldt evenzeer voor de rechters, die hebben op dezelfde wijze inzicht en kennis van dat niet-juridische raamwerk nodig.

Wie zich af wil vragen of de feiten en omstandigheden wel adequaat genoeg in kaart zijn gebracht, kan zichzelf controleren door steeds de volgende vragen na te lopen: wat denken we hier te weten, wat zouden we moeten weten en wat kunnen we weten? Maar het belangrijkste punt is te proberen zicht te krijgen op van onze eigen onwetendheid: hebben we eigenlijk wel enig zicht op wat we niet weten? Overschatten we onszelf soms te gemakkelijk? Kahneman poneerde

6. Zie daarover Vriesendorp 2017, p. 155-156.

7. Zie daarover Hermans 2017a.

8. Zie hiervoor de bepalingen in onder andere Titel 1 en Afdeling 5 van Boek 2 BW, de Faillissementswet, EU-verordening nr. 2015/848 (in plaats van nr. 1346/2000) betreffende insolventieprocedures.

9. Zie daarvoor Giard 2018.

het WYSIATI-concept: we trekken (te) snel en meestal associatief conclusies uit datgene wat voor ons ligt zonder verder te zoeken: we kijken meestal niet verder dan onze neus lang is.¹⁰ Het kan dus gebeuren dat de onderzoeker feitelijk te weinig weet heeft van de kwestie – hypocognitie – en toch in de waan verkeert dat die het probleem volledig kan behappen, de totaalillusie.¹¹ Dan denkt de onderzoeker goed werk te leveren maar het resultaat is ontoereikend en kan bovendien schadelijk zijn voor betrokkenen.¹²

In dit hoofdstuk staan de vragen centraal hoe omvattend het oorzakenonderzoek bij faillissementen zou moeten zijn en welk praktisch methodologisch kader daarvoor nodig is bij navorsing door de curator of in het kader van een enquêteprocedure. Steeds is het beoogde doel te komen tot een goed gefundeerd en objectief juridisch oordeel. Ik zal laten zien dat bij een deugdelijk faillissementsonderzoek heel veel verschillende aspecten om aandacht vragen; de onderzoeker – hetzij de curator of een onderzoeker namens hem – heeft steeds te maken met een complexe materie en het afgewogen oordelen over de causale verklaring(en) voor het bedrijfsfalen is navenant lastig en complex.

Ik wil deze problematiek vanuit verschillende gezichtspunten bezien. De eerste vraag is: wat weten we eigenlijk over de mogelijke oorzaken van faillissementen en welke verschillende perspectieven vragen daarbij om aandacht (§ 2)? Wat is er al aan onderzoek naar oorzaken van faillissementen gedaan in Nederland en wat is dat waard (§ 3)? Als het misgaat, is de ondernemer steeds een gemakkelijk eerste doelwit van kritiek. Bedrijfsfalen vraagt juist om goed gedragskundig onderzoek van die ondernemers/bestuurders en de factoren die dat bepalen, ook van de rol daarbij van commissarissen en aandeelhouders. Dat levert weer bruikbare bouwstenen voor het opzetten van onderzoek en het vormen van een oordeel (§ 4). Daarna schets ik het methodologische kader voor het oorzakenonderzoek, waarbij vier achtereenvolgende basale vragen een goede leidraad zijn (§ 5). Met deze kennis gewapend wordt het protocol van Schimmelpenninck¹³ nader beschouwd (§ 6). Wat is er al aan bestaande achtergrondkennis over deze problematiek en hoe bruikbaar is die (§ 7)? Daarna formuleer ik mijn conclusies (§ 8).

10. WYSIATI= What You See Is All There Is; zie Kahneman 2011, p. 93 e.v.

11. Zie over deze hypocognitie en totaalillusie Wu en Dunning 2018.

12. Zie daarover Dunning 2018.

13. Schimmelpenninck 2008.

2. Het bedrijfskundig onderzoek naar de oorzaken van faillissementen

Het bedrijfsleven is sterk dynamisch: er is een voortdurend ontstaan, bestaan en verdwijnen van ondernemingen. Welke factoren bepalen de levenscyclus van een onderneming en vooral de levensduur daarvan? Kennis hierover is fundamenteel voor het kunnen onderzoeken en beoordelen van faillissementen.¹⁴ Voortdurende onzekerheid is een bepalend kenmerk van het ondernemerschap. Tegelijk is er het door Schumpeter beschreven proces van ‘creatieve destructie’; innovatieve producten verdrijven de oude uit de markt.¹⁵ We leven bovendien in een tijd waarin het economische neoliberale paradigma van de marktwerking dominant is. Dat betekent dat wij getuige zijn van een slagveld waarop een nietsontziende concurrentiestrijd woedt met winnaars maar vooral ook met verliezers. Bij de vele faillissementen in de retailindustrie bijvoorbeeld is de opkomst van internetwinkels een belangrijke externe oorzaak daarvoor.

Oorzakenonderzoek van faillissementen valt onder *organizational failure research*: welke theorievorming en empirisch onderzoek hebben er op dat researchgebied de laatste decennia plaatsgevonden?¹⁶ Er wordt qua oorzaken voor het falen van ondernemingen van meet af aan een onderscheid gemaakt tussen twee hoofdgroepen, namelijk de *in-* en *externe* factoren; de scheidslijn hiertussen is of het gaat om wel of niet door de ondernemer te beïnvloeden elementen. De externe factoren liggen buiten de directe invloedssfeer van de bestuurders van een onderneming en worden daarom ook wel aangeduid als de *deterministische* factoren. Dat zijn enerzijds meer algemene factoren zoals veranderingen van de conjunctuur (onder andere crises met gevolgen voor de werkgelegenheid en de koopkracht), veranderde samenstelling van de bevolking (onder andere vergrijzing, immigratie), andere wetgeving (liberalisering van de economie) en technologische revoluties (onder andere robotisering, ICT en energiewinning). Anderzijds zijn er meer branche- of ondernemingsgerichte factoren.

De interne factoren betreffen de noodzakelijke keuzes die gemaakt worden door de leiding van het bedrijf en te maken hebben met de organisatie en de inrichting van de bedrijfsprocessen: de structuur en de cultuur van de onderneming. Iedere ondernemer behoort na te denken en te beslissen over het ontwikkelen van een visie van de onderneming (‘waarom doen we dit?’), de strategie (‘wat willen bereiken?’) en de tactiek (‘hoe willen we dat bereiken?’). Deze worden aangeduid als de *voluntaristische* factoren. Zie voor een opsom-

14. Dat is het domein van de *organizational failure research*; zie daarover Whetten 1980 en Mellahi en Wilkinson 2010.

15. Zie Schumpeter 1943.

16. Zie daarover onder andere Mellahi en Wilkinson 2004, Mellahi en Wilkinson 2010, Lukason en Hoffman 2015, Amankwah-Amoah 2016 en Jenkins en McKelvie 2016.

ming van de verschillende elementen tabel 1 en voor een uitgebreide bespreking daarvan wordt verwezen naar genoemde bronnen voor deze opsomming.

Tabel 1: Factoren bij het slagen of falen van bedrijven (bewerkt naar Mellahi en Wilkinson 2004 en Lukason en Hoffman 2015)

Deterministisch	Voluntaristisch
<i>Veranderende omgevingsfactoren</i>	<i>Organisatorische factoren</i>
– nieuwe (betere) technologieën	– zittingsperiode management
– veranderende wetgeving	– samenstelling management
– veranderende demografie consumenten	– wisselingen/opvolging binnen management
– veranderende macro-economie	– managementgeschiedenis
	– bedrijfseconomische situatie
	– bedrijfsfinanciering
	– controlemechanismen
<i>Ondernemingsfactoren</i>	<i>Cognitief-psychologische factoren</i>
– financiële fitheid bij de start	– samenspel van cognitieve biases
– aantal concurrenten ('crowding')	– percepties door het management
– grootte van de organisatie	– probleemanalyse door het management
– ouderdom van de organisatie	– group think, rationalisaties, etc.
– fase in de industriële levenscyclus	– bedrijfsstrategie en -tactiek
	– succes van de onderneming ('curse of success')

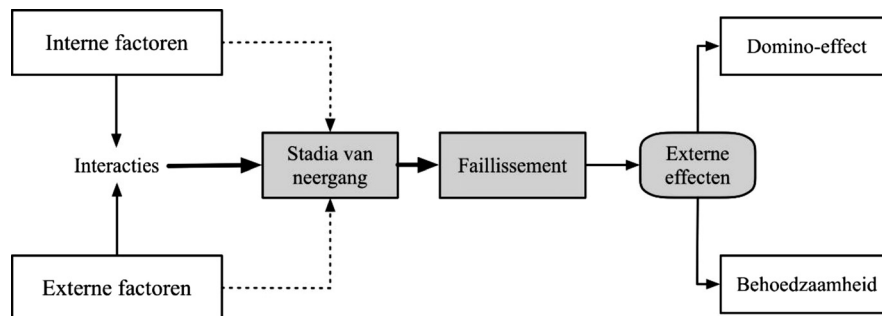
Wat is de betekenis van dit onderscheid in oorzakelijke factoren voor het beoordelen van faillissementen? In het verleden werden vooral de deterministische factoren als voornaamste oorzaak gezien voor het mislukken van bedrijven of instellingen, pas later kwam er meer aandacht voor de voluntaristische factoren. Steeds meer blijkt echter dat het bij de meeste faillissementsgevallen om een combinatie van die twee gaat.¹⁷ Slechts bij een kleine minderheid van de gevallen kan er sprake zijn van de dominantie van een van de twee. De genese van bedrijfsfalen is meestal door een ingewikkeld samenspel van factoren, dus complex van aard en dat heeft weer repercussies voor de methodologie van het onderzoek naar en de interpretatie van de causaliteit.¹⁸

Een ander belangrijk punt is dat een faillissement vrijwel nooit als een donderslag bij heldere hemel komt, maar het bedrijf een aantal fasen van

17. Zie Lukason en Hoffman 2015, p. 52. en Amankwah-Amoa 2016.

18. Zie Giard 2018b.

teloorgang doormaakt totdat het doek uiteindelijk valt. Het tij zou, zeker bij vroege fases van die neergang nog gekeerd kunnen worden, mits de waarschuwingssignalen tijdig worden opgepikt en er actie wordt ondernomen.¹⁹ Een geïntegreerd model van het falen van een onderneming wordt in onderstaand figuur 1 weergegeven.



Figuur 1: geïntegreerd model van de genese van faillissementen en de externe effecten daarvan (bewerkt naar Amankwah-Amoah, 2016)

Dit schema laat zien dat het falen van ondernemingen niet alleen oorzaken heeft, maar ook weer gevolgen voor andere bedrijven. Het samenspel van oorzakelijke factoren kan enerzijds ook andere ondernemingen binnen dezelfde branche parten spelen, die daarom in deze neergang meegesleurd worden, het domino-effect. Anderzijds kan een faillissement ook een wake-upcall zijn voor soortgelijke bedrijven om behoedzaam hun koers aan te gaan passen. Wat kan men van faillissementen in een bepaalde branche leren? Dat vraagt een goede analyse van de levensloop van de onderneming, die op haar beurt weer noodzakelijk is voor betere theorievorming over het slagen of falen van ondernemingen.²⁰

Deze (bedrijfs)wetenschappelijke benadering is tot nu toe vooral conceptueel van aard. Het blijkt allereerst lastig om voor al deze factoren de juiste begripsduidingen te vinden, de manieren waarop ze elkaar beïnvloeden en vervolgens hoe operationeel daarvoor accurate en reproduceerbare empirische onderzoeksmethoden te ontwikkelen.²¹ Met deze veelheid van ontstaansfactoren is er dus kennis en ervaring uit verschillende kennisdomeinen nodig. Dit probleemveld vraagt een multidisciplinaire benadering maar hierover later

19. Zie daarover Amankwah-Amoah 2016, p.3391 e.v.

20. Zie bijvoorbeeld de studies van Amankwah-Amoah en Zhang 2015, Yamakawa en Cardon 2015, Jenkins en McKelvie 2016 en Heracleous en Werres 2016.

21. Zie daarover Mellahi en Wilkinson 2004, p. 33 e.v.

meer.²² En hoe modelleer je al deze componenten in hun samenspel en wat zijn hun respectievelijke weegfactoren binnen het geheel? Schimmelpenninck zegt niets hierover. Toegespitst op het oorzakenonderzoek door de curator betekent dit dat hij moet zoeken naar causale verklaringen maar dat betekent steeds een confrontatie met complexiteit. Daarbij volstaat een uitsluitend juridisch normatief kader dus niet. Om enig zicht te krijgen over de mogelijke genese van faillissementen in ons land is een zoektocht naar een realistisch model nodig dat deze kwesties benadert vanuit een multidisciplinair perspectief.

3. Oorzakenonderzoek van faillissementen in Nederland

De voornaamste bron van onderzoek van faillissementen is al ruim een eeuw het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). Regelmatig worden overzichten gepubliceerd van zowel beschrijvende als analytische aard. Uit zo'n periodieke rapportage over 2015 de volgende tabel over de oorzaken van faillissementen (tabel 1).

Tabel 2: Verschillende oorzaken bij inmiddels beëindigde faillissementen voor drie verschillende jaren (Bron: CBS 2016, p. 31)

Jaar:	2004		2010		2015	
Oorzaak	aantal	%	aantal	%	aantal	%
Mismanagement	1212	29,1%	1698	29,7%	1937	25,5%
Economische oorzaken	1049	25,2%	1530	26,8%	3603	47,4%
Faillissement holding	385	9,2%	304	5,3%	463	6,1%
Problemen binnen directie	143	3,4%	182	3,2%	56	0,7%
Overig	1143	27,4%	1602	28,0%	1169	15,4%
Onbekend	235	5,6%	399	7,0%	374	4,9%
Totaal	4167	100,0%	5715	100,0%	7602	100,0%

De hier als 'oorzaak' omschreven categorieën zijn vrij globaal en omvatten elk weer verschillende subcategorieën. Wanneer alle gegevens uit deze rapportage over de daarin opgenomen verslagjaren (2004, 2006, 2008, 2010 en 2015) worden gecumuleerd, dan betreft dat een totaal van 28.652 inmiddels beëindigde faillissementen. De doorlooptijden voor de definitieve afwikkeling bedragen vaak meerdere jaren, dus de initiële staat van faillietverklaring door de rechter dateert vaak van jaren eerder. Volgens deze data was er in 29% van

22. Zie over het belang van multidisciplinariteit en met name de betekenis van transdisciplinair onderzoek Giard 2017a.

de gevallen sprake mismanagement en één op de drie bedrijven failliede vanwege de economische omstandigheden.

Hebben we hier iets aan? Het CBS-rapport lijkt uit te gaan van één hoofdoorzaak, terwijl eerdergenoemde studies een samenspel van factoren aannemelijk maken.²³ Er rijst dan de vraag hoe trefzeker deze CBS-classificaties zijn. Wat wordt bijvoorbeeld onder ‘mismanagement’ verstaan en hoe verschilt dat dan weer van ‘problemen binnen de directie’? Mismanagement wordt hier gedefinieerd als onder andere onvoldoende inzicht en grip op de financiële en operationele administratie, verplichtingen aangaan die niet nagekomen kunnen worden, gebrekkige voorbereiding op het ondernemerschap, zelfverrijking en het financieel uithollen van de organisatie, wanbeleid, alle gedragingen die de continuïteit van de organisatie in gevaar brengen.²⁴ Het is duidelijk een verzamelcategorie, er is sprake van ‘lumping’. Juridisch gezien moet er toch verschil bestaan tussen bijvoorbeeld gebrekkige (lees: amateuristische) voorbereiding op het ondernemerschap en wanbeleid – wat dat dan ook weer moge zijn.

Economische oorzaken worden omschreven als toenemende concurrentie, omzet- of prijsdalingen, smaakveranderingen bij het publiek, buitenlandse economische veranderingen en overige economische oorzaken. De categorie ‘overig’ omvat een allegaartje van factoren zoals (bodem)beslag door de fiscus, een kredietstop of dubieuze handelingen.²⁵ De categorie technologische veranderingen (disruptie van de markt) ontbreekt echter.

De volgende vraag is: waaraan ontleende het CBS deze oorzaken? “*Het vaststellen van de oorzaak van een faillissement is gebaseerd op de door de curatoren gepubliceerde gegevens. Uit deze gegevens is niet altijd goed af te leiden wat de precieze [onderstreping RG] oorzaak van het faillissement was*”.²⁶

Helpen dergelijke rapportages de onderzoekers bij het bepalen van de prioriteiten van het oorzakenonderzoek door de meest waarschijnlijke eerst te onderzoeken? De oorzaken worden hier ten onrechte voorgesteld als separate, niet overlappende categorieën: dat past niet bij de eerdergenoemde complexe – dus samengestelde – genese van een faillissement. Dat brengt ons weer bij de eerdergenoemde drie cruciale controlevragen: wat *denken* we van dit faillissement te weten (§ 4), wat *moeten* we ervan weten (§ 5) en wat *kunnen* we ervan weten (§ 7)? Die komen aan de orde.

23. Zie Lukason en Hoffman 2015, p. 52 en Amankwah-Amoa 2016.

24. CBS 2016, p. 61-62.

25. CBS 2016, p. 62.

26. CBS 2016, p. 29.

4. De ondernemer als schuldige of als onderwerp van adequaat gedragskundig onderzoek

Wat *denken* we te weten? Bij een faillissement speelt het fenomeen *framing* een belangrijke rol.²⁷ Fout gedaan wordt geframed als fout gedaan – zo wordt het faillissement gezien als gevolg van het gekluns van de ondernemer. De gedupeerde schuldeisers hebben onmiddellijk hun oordeel klaar en wijzen met het beschuldigende vingertje naar de ondernemer, het is zijn schuld en dat is de fundamentele attributiefout, de psychologische wetmatigheid dat we de verantwoordelijkheid voor het onheil steeds bij iemand anders leggen.²⁸ Daarnaast menen de gedupeerden ook te weten waar en waarom het is fout gegaan en hoe er toen anders gehandeld had kunnen worden om deze catastrofe af te wenden, de contrafeitelijke denkfout. Dit alles is voortdurend oordelen met wijsheid achteraf, hindsight bias. Om hun gelijk aan te tonen gebruiken gedupeerden – veelal onbewust – alleen die argumenten die in het eigen straatje van pas komen, de zogenaamde bevestigingsbias oftewel tunnelvisie.²⁹

Het is dus de ondernemer die het steeds moet ontgelden, vooral door de genoemde fundamentele attributiefout; die is steeds de kop van jut.³⁰ Zelfs als het mislopen van de onderneming in hoofdzaak komt door externe factoren, bijvoorbeeld als de economie hapert of als technologische innovaties de onderneming parten spelen, was het volgens de beste stuurder aan de wal aan de ondernemer om daarop te anticiperen en tijdig bij te sturen. Het is echter de vraag of dit juist is.

Ondernemingen komen nooit zomaar uit de lucht vallen. Steeds krijgen een individu of een collectief een fantastisch idee voor het starten van een onderneming. De starters zijn vol zelfvertrouwen en blaken van optimisme; ondernemen is avontuurlijk, een beetje gewaagd zelfs. Ondanks de daaraan verbonden financiële en persoonlijke risico's starten jaarlijks duizenden individuen een onderneming; ze koesteren vaak hoge ambities en zijn redelijk optimistisch over hun kans van slagen. Veel startups bijvoorbeeld lijken binnen twee jaar ter ziele te zijn of kwamen nooit echt van de grond.³¹

27. Zie daarover Fischer et al., 2008.

28. De gedragingen van de ondernemer worden toegeschreven aan diens persoonlijkheid. Daarbij worden factoren die buiten het bereik van een persoon liggen (situationele factoren) onderschat, terwijl factoren die binnen een persoon liggen (dispositionele factoren) worden overschat.

29. Zie over die initiële psychologische reacties van slachtoffers na een calamiteit Giard 2010.

30. Zie over deze fundamentele attributiefout Tetlock 1985.

31. Het is moeilijk betrouwbare data hierover te vinden. De beweringen lopen uiteen tussen een faalkans van 90% binnen twee jaar en een kans van slagen van meer dan 50% op en vijfjaarstermijn.

Ondernemers moeten voortdurend reeksen beslissingen nemen; hoe doen ze dat? Decennialang gold binnen de economie het leerstelsel van het rationele keuzemodel. Alternatieve beslissingsmogelijkheden werden hierbij tegenover elkaar afgewogen op grond van het respectievelijke nut ervan; dat bepaalde, al dan niet aan de hand van mathematische modellen, de rationele keuze. Met de opkomst van de gedragswetenschappen, met name de cognitieve en de sociale psychologie, bleek echter dat de beslissingen van de mens helemaal niet zo rationeel waren als werd verondersteld – integendeel. De psychologen Tversky en Kahneman hebben laten zien dat allerlei irrationele mechanismen het gedrag blijken te sturen.³² Het onderzoek van de manier waarop ondernemers hun beslissingen nemen, moest dus op een andere leest geschoeid worden en de aldus verkregen resultaten pasten beter bij de realiteit.

Binnen de economie werd gaandeweg het rationele keuzemodel vervangen door een gedragskundig georiënteerde doctrine, de *behavioural economics*.³³ Aangezien deze gedragsmechanismen van invloed blijken op het verzamelen van informatie en het nemen van beslissingen, was deze kennis breder toepasbaar dus ook op die processen in het juridische vakgebied. Belangrijk is daarbij om te realiseren dat de fundering van deze gedragsleer primair psychologisch is. Zeker wat betreft ondernemings- en insolventierecht liggen economie en recht dicht tegen elkaar aan en blijken deze psychologische mechanismen bruikbaar voor het beschrijven en verklaren van de dagelijkse praktijk. Zo ontstond een onderzoeksrichting, die we nu kennen als *behavioral law and economics* (hierna: BLE).³⁴ Deze wordt als volgt omschreven: “*Behavioural law and economics seeks to inform legal analysis by drawing on both the methods and the extensive findings of behavioural decision research, the psychology of judgment and decision-making, and related fields.*”³⁵

Tijdens het zoeken naar informatie en het nemen van beslissingen krijgen ondernemers steeds te maken met intuïtieve vooringenomenheden, in jargon aangeduid als: biases. Daardoor maken die ondernemers keuze- en beoordelingsfouten.³⁶ Het herkennen en begrijpen van die biases en doorgronden hoe die mede de uitkomsten bepalen van de strategie en de tactiek van de onderneming is daarom van doorslaggevend belang. Deze BLE-benadering

32. Zie Tversky en Kahneman 1974, Tversky en Kahneman 1981 en Kahneman 2011.

33. Zie voor een literatuuroverzicht Martins Pereira 2016.

34. Zie Sunstein 2000 en voor een kritische beschouwing over het belang van de psychologische fundering en de noodzaak van meer verdieping daarbij zie Rachlinski 2011 en voorts Mathis 2015.

35. Zie daarover Tor 2015. Voor een overzicht van de invloed van biases op het financiële handelen zie Moosa en Ramiah 2017.

36. Zie daarover Kahneman 2011, p. 12 e.v.

biedt een beter theoretisch kader voor het onderzoeken en beoordelen van insolventies omdat de processen van informatie verzamelen, keuzemogelijkheden inventariseren en beslissen systematisch aandacht krijgen.

Bij ondernemers blijken drie vooringenomenheden een belangrijke, zo niet beslissende, rol te spelen: overmoedigheidsbias, optimisme-bias en wantrouwen ('distrust').³⁷ Overmoed en optimisme zijn niet hetzelfde, maar wel met elkaar verwant: die heb je allebei nodig om een onderneming te starten maar ze kunnen ook tot foute beslissingen leiden. Het voortdurend vraagtekens plaatsen bij het doen en laten van concurrenten (wantrouwen) helpt het eigen beleid bij te sturen – of soms juist niet. Bij de complexe interacties tussen alle factoren, die het slagen of falen van een onderneming bepalen, is het niet mogelijk de vooringenomenheden elk apart te onderzoeken maar die dienen steeds als ensemble te worden beoordeeld. Steeds moet na afloop een oordeel worden gevormd als de catastrofe zich al heeft voltrokken. Dat kan het oorzakenonderzoek sturen en verstoren door wijsheid achteraf.

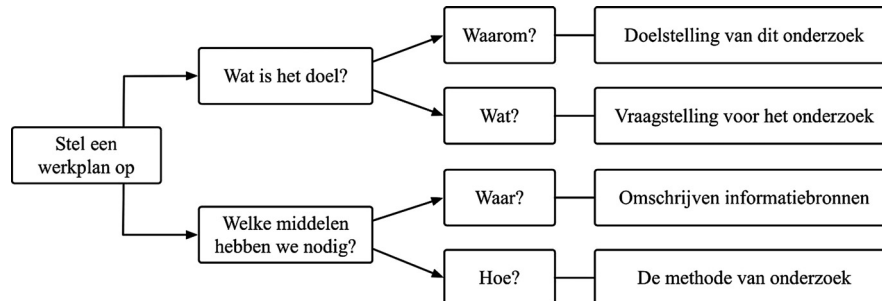
5. De noodzaak van een methodologisch normatief kader

Wat *moeten* we weten? Waar rechtsvragen te beantwoorden zijn – was hier sprake van wanbeleid, onregelmatigheden of zelfs van fraude? – dienen eerst de feiten en omstandigheden zo zorgvuldig en objectief mogelijk te worden vastgesteld. We ontmoeten hier wederom de eerder besproken dubbele normativiteit: deugdelijke rechtstoepassing (positiefrechtelijk kader) op geleide van het resultaat van objectieve waarheidsvinding (methodologisch-kentheoretisch kader). Een oorzakenonderzoek doe je niet zomaar even uit de losse pols, dat behoort systematisch te gebeuren. Daarvoor heb je een theoretisch kader nodig en een planmatig beschreven werkwijze die ontworpen en uitgevoerd wordt aan de hand van een op de kwestie toegesneden probleemstelling.³⁸ Die methode dient ook beproefd te zijn.

Vanuit methodologische oogpunt dienen zich bij de opzet van een onderzoek de volgende vier – in wezen basale – vragen aan: waarom doen we dit onderzoek, wat willen we dan weten, wat zijn dan de onderzoeksobjecten en hoe onderzoeken we die? Zie daarvoor figuur 2.

37. In de Engelstalige literatuur respectievelijk aangeduid als overconfidence bias, optimism bias en distrust. Zie daarover Simon et al. 2000 en Gudmundsson en Lechner 2013.

38. Een probleemstelling omvat tegelijk formuleren van de doelstelling(en) van het onderzoek en de daarvan afgeleide vraagstelling(en). Zie daarover uitgebreid Verschuren 2011, p. 59 e.v., Verschuren 2017 en Giard 2016, p. 43 e.v.



Figuur 2: een schema voor een methodisch en grondig onderzoek (Naar Verschuren, 2011)

Deze werkwijze verloopt gefaseerd: eerst is er de conceptuele fase, de probleemstelling, waarbij het doel van het onderzoek wordt geformuleerd, vervolgens de vraagstelling wat onderzocht gaat worden en vervolgens de operationele fase waarbij de benodigde middelen worden geïnventariseerd en toegepast. Zo'n aanpak kunnen we gebruiken voor het oorzakenonderzoek van insolventies.

Er doemt een praktisch probleem op wat betreft dit uitspitten van het bedrijfsfalen: nauwkeurig oorzakenonderzoek kost geld, tijd en vraagt veel energie. De kosten worden onttrokken aan de boedel en dus blijft er minder over voor de schuldeisers; en wat als er geen geld meer beschikbaar is? Naast de juiste gefaseerde opzet van het onderzoek zal telkens ook nagedacht dienen te worden over de reikwijdte en de diepgang. Waarom, hoe en wanneer wordt het onderzoek begrensd? We bezien de vier onderdelen van het onderzoek nu nader.

5.1 *Waarom doen we dit onderzoek?*

Het oordeel van de rechter gaat over de juridische vraag naar mogelijke onregelmatigheden. Daar is eerst onderzoek voor nodig en daarbij is de centrale vraag steeds: *waardoor* ging het met deze onderneming mis? Dit is een open vraag, we starten het onderzoek liever niet met de gesloten vraag of hier sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur of zelfs van frauduleus handelen.³⁹ Wanneer de analyse door dergelijke gesloten vragen geleid wordt richt alle aandacht zich (te) selectief op wanbeleid of fraude – zo'n vraag werpt altijd haar schaduw vooruit. Er wordt dan met een doel voor ogen gekeken naar wat

39. Zie over het belang van het stellen van de juiste vragen voor het onderzoek Giard 2013.

er niet goed werd gedaan; de valkuil van de *bevestigingsbias* oftewel tunnelvisie.⁴⁰

We doen het onderzoek immers met het doel om vanuit een breed perspectief de meest plausibele causale verklaring te verkrijgen en dat ‘brede’ onderzoek kan eventueel resulteren in de vaststelling van onbehoorlijk bestuur of fraude als hoofdoorzaak. Voor die zoektocht hebben we een doortimmerd theoretisch kader nodig en inventarisatie van reeds opgedane kennis op dit gebied. Dat kennisraamwerk is normatief in twee opzichten: het bepaalt wat goed onderzoek is en het levert een taxonomie voor de mogelijke bevindingen en dat helpt weer om afwijkingen te signaleren en te categoriseren.

In het insolventierecht is, behalve het artikel van Schimmelpenninck (waarover later meer), nauwelijks aandacht voor een goed gegroundveste systematische manier van onderzoeken. Hermans heeft in zijn dissertatie ruim aandacht geschonken aan de uitvoering van het onderzoek in het kader van een enquêteprocedure.⁴¹ De benadering wordt echter grotendeels vanuit het juridische perspectief gedaan. In zijn hoofdstuk over hindsight bias krijgt de methodologische invalshoek meer aandacht met het uitwerken van de principes van debiasingstrategieën om tot verantwoorde juridische oordelen te komen.⁴² Zijn model onderzoeksprotocol is overwegend juridisch-conceptueel van aard en geeft nauwelijks aanwijzingen voor de operationalisering van het onderzoek.⁴³

We beschikken eigenlijk nog niet over zowel de theoretische als de praktische kennis die we voor het oorzakenonderzoek nadrukkelijk nodig hebben: “*The literature so far lacks a thorough understanding of why firms fail at the population level and whether different types of firms fail for different reasons.*”⁴⁴ Daarom is het nodig om eerst de bestaande kennis kritisch te ontsluiten zoals die werd ontwikkeld binnen de BLE, de sociale en cognitieve psychologie, etc. Tevens is meer, vooral empirisch onderzoek naar oorzaken van bedrijfsfalen nodig. Het juridische oorzakenonderzoek kan ontegenzeggelijk niet zonder voldoende input vanuit de bedrijfswetenschappen.

5.2 Wat willen we weten?

We willen vanaf een zorgvuldig gekozen startpunt een dynamische beschrijving van de gang van zaken binnen de betreffende onderneming en daarbij weten

40. Zie algemeen over deze bevestigingsbias (= confirmation bias) Nickerson 1998, Rassin 2010 en verder Hermans 2017, § 8.11.7 (p. 499 e.v.), ‘Het voorkomen van confirmation bias’.

41. Zie Hermans 2011a, hoofdstuk 7 (p. 313 e.v.).

42. Hermans 2017b.

43. Hermans 2017a, bijlage 2, *Model Onderzoeksprotocol*, p. 675 e.v.

44. Lukasson en Hoffman 2015, p. 45.

hoe de ondernemer c.q., de bestuurder(s) achtereenvolgens heeft/hebben gehandeld. Daarbij hoort ook het onderzoeken van de context waarbinnen dit handelen zich heeft afgespeeld. Dat laatste is heel belangrijk want die omstandigheden kunnen van doorslaggevende betekenis zijn. Een voorbeeld daarvan is het oordeel van de Ondernemingskamer dat er sprake was van wanbeleid bij Fortis na de overname van ABN AMRO, een uitspraak die ook in cassatie stand hield.⁴⁵ Was wanbeleid bij het bestuur van Fortis hier werkelijk dé oorzaak? Werden andere relevante factoren voldoende onderzocht?

Bij genoemde cassatie wordt er in de conclusie van de procureur-generaal wél stilgestaan bij het verwijt over oordelen met hindsight bias (de bezweringsformule in het arrest dat hier zo niet was geoordeeld, bleek bepaald niet steekhoudend want eraan denken is niet genoeg; voor zo'n onderzoek zijn kunstgrepen nodig). Wat betreft de context van deze kwestie hebben we hier echter te maken met een mondiaal probleem van de bankencrisis, een dominante – te ver doorgeschoten? – neoliberale tijdgeest geholpen door een liberale dus niet-restrictieve wetgeving, de opkomst van door exacte wetenschappers bedachte nieuwe economische modellen, het ontbreken van voldoende risico-inschattingen en het ontberen van adequate tegenspraak. Dit voorval stond zeker niet op zichzelf, mondiaal zijn meerdere banken in moeilijkheden geraakt of zelfs omgevallen. Waarom werd dit niet meegenomen in het oordeel? Welke andere relevante factoren werden hier verwaarloosd?

5.3 *Waar gaan we het onderzoek op richten?*

Er hoort een reconstructie plaats te vinden vanuit het perspectief van de handelende ondernemer: kunnen we door zo'n analyse diens handelen in kaart brengen en gemaakte keuzes begrijpen? Een dergelijk onderzoek zal prospectief dienen te verlopen, dat willen zeggen vanaf een bewust gekozen startmoment met de stroom van de tijd mee en zeker niet retrograad, terugkijkend vanaf het moment van faillissement. De onderzoeker neemt als het ware plaats op de stoel van de bestuurder en volgt diens handelen nauwgezet: wat weet die op welk moment, hoe wordt dat geïnterpreteerd, hoe wordt daarop gereageerd en is dat gelet op de context van dat moment ook begrijpelijk?⁴⁶

Omdat het faillissement van een onderneming kan worden beschouwd als een calamiteit, kan het nuttig zijn om aansluiting te zoeken bij de methodologie van onderzoek bij calamiteiten. De afgelopen jaren is veel gedaan aan het ontwikkelen hiervan: die vragen om een systematische multiperspectivische

45. HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1585 in cassatie op Hof Amsterdam 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991.

46. Deze benadering wordt vooral uitgewerkt in Dekker 2014. Zie daarnaast Woods et al.

aanpak waarbij steeds geprobeerd wordt de mogelijke valkuilen zoals outcomebias en tunnelvisie zoveel mogelijk te omzeilen.⁴⁷ Deze technieken worden bijvoorbeeld met vrucht toegepast bij onderzoek van calamiteiten in de geneeskunde.⁴⁸ Dat vroeg echter eerst het goed begrijpen van de principes van deugdelijk onderzoek en hoe die toe te passen op analyse van calamiteiten in de geneeskunde. Datzelfde geldt ook voor het onderzoek van faillissementen: dat vraagt geëigende onderzoeksmethoden, toegespitst op het type onderneming/industrie. Het blijkt echter dat voor het onderzoek naar de oorzaken van een faillissement nog maar nauwelijks een op het soort onderneming toegespitste methodologie ontwikkeld.⁴⁹ Dat vraagt niet alleen juridische kennis maar vooral inzichten uit andere (gedragskundige) disciplines – ik blijf hierop hameren.

5.4 *Hoe doen we het onderzoek?*

De vragen daarbij zijn: wat willen we over gefailleerde weten, waar kunnen we de gegevens vinden, hoe moet dat worden onderzocht en wie gaat dat doen? Wat betreft de eerste vraag: het onderzoek naar de oorzaken van een faillissement omvat alle in- en externe determinanten zoals – ruwweg – aangegeven in tabel 1. We zullen dus eerst moeten omschrijven welke factoren we onderzoeken voor een bepaald type bedrijf en dat vraagt voor elk van die elementen ook een goede begripsduiding. Vervolgens is de vraag met welke middelen we dat onderzoek naar de feiten en omstandigheden uitvoeren, maar dan zullen we ook ten minste enig begrip mogen hebben op hoe nauwkeurig en reproduceerbaar deze meet- en waarnemingstechnieken zijn. En hoe vermijden we de herhaaldelijk genoemde valkuilen van wijsheid achteraf en tunnelvisie?⁵⁰

Dan de kwestie waar we de informatie kunnen vinden. De gefailleerde wordt geacht mee te werken aan het aanleveren van de informatie.⁵¹ De in 2017 in werking getreden *Wet versterking positie curator* zou de informatiepositie van de curator moeten verduidelijken en liefst verbeteren. De vraag is of met deze nieuwe wet ertoe leidt dat de curator wel over de juiste informatie komt te beschikken. Doelstelling van de wet is dat in het bijzonder faillissementsfraude beter kan worden bestreden.⁵² De informatiepositie van de curator mag dan – enigszins – gewijzigd zijn, maar van een versterking over de gehele linie is

47. Zie daarvoor Woods et al. 2010 en Dekker 2014.

48. Zie Dekker 2014 en Giard 2016.

49. Een voorbeeld van analyse van problemen binnen een specifieke sector van software startups is de studie van Giardino et al. 2014.

50. Zie daarover Giard 2016, m.n. de hoofdstukken 5 en 8.

51. Zie artikel 105, 105a, 105b en 106 FW en ook het INSOLAD jaarboek 2013.

52. Deze wet maakt onderdeel uit de zogenaamde fraudepijler van het wetgevingsprogramma *Herijking faillissementsrecht* dat in 2012 door de minister van – toen nog – Veiligheid en Justitie is ingezet (*Kamerstukken* 33695).

nog onvoldoende sprake.⁵³ De curator wordt door deze wet ook niet gestimuleerd om voor een multidisciplinaire benadering te kiezen die nodig is in het kader van een oorzakenonderzoek.

Maar zelfs zonder kwade opzet kan het voorkomen dat belangrijke informatie buiten het blikveld van de curator of de rechter-commissaris blijft. Dus ook hier geldt de noodzaak van het ex ante vaststellen wat men wil weten, gegeven het type onderneming, en wat zijn de mogelijke bronnen daarvan. Hoe stel je vast dat er informatie moedwillig wordt achtergehouden of is vernietigd?

Ten slotte: *wie* gaat het onderzoek doen? Is de curator daar wel de meest geschikte persoon voor? Heeft deze wel genoeg kennis van met name de bedrijfskundige en economische aspecten en bovendien ervaring met de hierboven beschreven systematiek van een oorzakenonderzoek? Hoe goed zijn de deskundigen, die zich op deze ‘markt’ richten? Zeker als het gaat om frauduleus handelen heeft men een expert, meestal een forensisch accountant op dat gebied hard nodig.⁵⁴ Erkens heeft bepleit dat men hiervoor gespecialiseerde deskundigen nodig heeft, die voldoende in deze problematiek zijn geschoold en er voldoende ervaring mee hebben.⁵⁵

5.5 *De begrenzing en diepgang van het onderzoek*

Ieder onderzoek vraagt bezinning over de begrenzing en de diepgang ervan, zowel voorafgaand als tijdens de doorlichting.⁵⁶ Bovendien is het in de context van een faillissementsafwikkeling van belang te voorkomen dat ‘goed geld naar kwaad geld’ wordt gegooid. De doelstelling van het onderzoek dient realistisch te zijn. Prima gedachte, maar voor men aan het project begint, heeft men vaak geen idee wat het onderzoek met zich mee zal brengen. De onderzoekers staan dus voor de taak de doel- en vraagstelling (enigszins) te begrenzen want dat is bepalend voor de kwaliteit van het onderzoek. Om die vragen goed te kunnen beantwoorden is ook empirisch onderzoek nodig: doe een uitgebreide analyse van faillissementen en onderzoek langs statistische weg welke factoren welk gewicht bij de uiteindelijke analyse blijken te hebben.

Tegelijk is voldoende diepgang nodig: welke kennis heb ik werkelijk nodig, waarmee nu niet het aantal te onderzoeken factoren wordt bedoeld, maar wat men daarvan nauwkeurig moet weten. Uiteindelijk zal aan verzamelde informatie betekenis moeten worden toegekend en een oordeel worden gevormd: dat vraagt adequate achtergrondkennis en praktische ervaring.⁵⁷

53. Zie daarover De Kloe en Ortiz Aldana 2018.

54. Dat gaat dan vaak ook weer niet zonder problemen: zie Miedema 2017.

55. Daarover Erkens 2017.

56. Zie hierover Verschuren 2011, p. 269 e.v.

57. Zie over data verzamelen, kennisvorming en oordelen Giard 2018.

Welke begrenzing van het onderzoek er moet komen en welke diepgang er gevraagd wordt bij de analyse van het probleem, laat zich dus niet eenvoudigweg ex ante vaststellen: daar zijn tevens de analyses van de resultaten van eerder onderzoek voor nodig en voortdurende reflectie. In de praktijk lijkt de factor geld echter allesbeslissend: als dat er niet is, valt er geen goed onderzoek te verrichten, tenzij buitenstaanders daartoe bereid blijken te zijn – maar wat willen ze dan daarvoor terug?⁵⁸

6. Het protocol van Schimmelpenninck

In de juridische literatuur wordt qua methodologie voor oorzakenonderzoek, zeker van complexe faillissementen, vaak verwezen naar het in 2008 gepubliceerde protocol van Schimmelpenninck.⁵⁹ Die schijft: “*De [INSOLAD] praktijkregels zwijgen echter over de vraag hoe de curator zijn onderzoek dient in te richten en of hij dit zelf moet doen, of dat hij derden dient in te schakelen.*”⁶⁰ Zijn artikel, zo stelt hij, probeert in die leemte te voorzien. Dat ‘hoe’ – zie figuur 2 – is pas de derde stap. Er wordt door Schimmelpenninck weliswaar in algemene termen melding gemaakt van onder meer de doelen van het onderzoek, de noodzaak om de situatie van de betreffende branche te beoordelen, te onderzoeken hoe de verhouding ligt tussen in- en externe oorzaken van het faillissement, maar de benadering is vrijwel steeds conceptueel – de noodzakelijke nadere operationalisering ervan ontbreekt en die zou moeten worden ingevuld.

Wat betreft de uitvoering omschrijft Schimmelpenninck dat de curator bij diens onderzoek in elk geval drie fases dient te doorlopen:

1. Vaststelling van relevante feitelijke omstandigheden in de periode voorafgaand aan het faillissement.
2. Beoordeling van de verschillende oorzaken van het faillissement en hun onderlinge gewicht.
3. Beoordeling van ieders bijdrage aan het ontstaan van het faillissement, van de grondslag voor aansprakelijkheid.

Wat zijn nu de relevante feitelijke omstandigheden? Daarover beoogt Schimmelpenninck zoveel mogelijk langs de weg van *consensus* overeenstemming te bereiken. Maar moet de onderzoeker niet primair zelf de doel- en vraagstelling bepalen en daarna de te onderzoeken bronnen benoemen en de methoden

58. Vanwege onderzoek naar faillissementsfraude en de bestrijding daarvan bestaat sinds 1 mei 2012 de *Garantstellingsregeling curatoren 2012*. Zie: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0031312/2012-05-01/0>.

59. Schimmelpenninck 2008.

60. Het primaire doel van het onderzoeksprotocol is om vast te leggen wat de rechten en verplichtingen van betrokkenen zijn. Zie hiervoor Hermans 2018, § 7.5.6.

daarvoor formuleren en zodoende een voor alle betrokkenen duidelijk en richtinggevend plan van aanpak opstellen? Als de curator aangewezen is op alleen wat de gefailleerde kwijt wil, belandt deze in de beschikbaarheidsvalkuil, de availability bias. En over welke periode gaat het onderzoek?

Dit protocol werd door Schimmelpenninck gehanteerd voor onderzoek van het faillissement van Fokker, maar dat bedrijf startte in 1919. Welke periode is voor dit faillissementsonderzoek relevant? Terloops wordt, zonder enige onderbouwing, een termijn van drie jaar genoemd. Vanuit juridische optiek valt die termijn wel te begrijpen in verband met de driejaarstermijn van artikel 2:138 lid 6 en artikel 2:248 lid 6 BW, maar het is geheel niet uitgesloten dat de daadwerkelijke oorzaak of oorzaken van het faillissement eerder is/zijn ontstaan.⁶¹ Moet een eventueel langere termijn niet eerder per situatie worden bepaald?

Dan het vervolg: *“In de tweede fase formuleert de curator zijn conclusies ten aanzien van de oorzaken van het faillissement, waaronder zijn conclusies over de verhouding tussen interne en externe oorzaken.”* Wordt hier wel een voldoende gedifferentieerde systematiek gehanteerd wat betreft mogelijke oorzaken (zie tabel 1)? Hoe kom je aan de weegfactor en welk multifactorieel model gebruik je hierbij? Hoe ga je om met complexiteit? Fase 3 ten slotte wordt nauwelijks uitgewerkt.

Als we dit protocol leggen langs de methodologische maatlat, zoals beschreven in § 5, dan mist het voorschrift van Schimmelpenninck de juiste systematiek van onderzoek en ontbeert het accuratesse wat betreft duiding van begrippen en explicitering van methoden: het is te algemeen, te abstract en te vrijblijvend. Opvallend is dat in dit artikel geen enkele onderbouwing met referenties wordt gegeven voor de gekozen wijze van aanpak. Verwijzingen naar gegevens van analytisch en empirisch onderzoek uit bedrijfswetenschappelijke literatuur ontbreken ten ene male. Over de talrijke potentiële valkuilen bij dit onderzoek – en vooral: hoe die te omzeilen – wordt met geen woord gerept.

Uiteindelijk gaat het om een normatieve beoordeling van het handelen van bestuurders: welk normatief kader dienen we daarvoor te hanteren? Wanneer is het handelen van een ondernemer kennelijk onbehoorlijk? Is dat oordelen eerder intuïtief dan rationeel indachtig de maatstaf van voormalig VS-opperrechter Potter Stewart: *“I know it when I see it?”*⁶² Een dergelijke houding kan nu juist leiden tot willekeur. Hoe stel je vast wat de maatmens bestuurder vermag en moet kunnen. Aan het normatieve kader moet ook empirisch

61. In beide wetsartikelen kan een vordering slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement.

62. In US Supreme Court *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964). Zie ook hierover P. Gewirtz, ‘On “I Know It When I See It”’, *The Yale Law Journal* 1996 vol. 105, p. 1023-1047.

onderzoek ten grondslag liggen. Hanteren we daarvoor precieze en vooral ex ante geformuleerde criteria?

En wordt dat onderzoeken en oordelen niet gestuurd en verstoord door wijsheid achteraf met ex post criteria? Kortom, Schimmelpennincks protocol biedt, bezien vanuit methodologisch perspectief, onvoldoende houvast want methodologisch rust het niet op door empirisch onderzoek gefundeerde inzichten.

7. Wat bepaalt het verschil tussen slagen of falen? De perspectieven van hindsight en foresight

Wat *weten* we eigenlijk over faillissementen? Kunnen we achteraf, in *hindsight* dus, wel onbevooroordeeld de oorzaken vaststellen bij een onderneming die kopje-onder is gegaan? Dit impliceert dat we dan ook vooraf, in *foresight* dus, zouden moeten kunnen voorspellen welke bedrijven het helemaal zullen gaan maken en welke niet? Bij het eerste zoeken we achteraf naar oorzaken van effecten – waardoor kwam het faillissement? Bij het tweede proberen we te voorspellen wat de effecten zullen zijn van oorzaken – welk bedrijfsbeleid leidt tot goede resultaten? Hoe verhouden die twee zich tot elkaar?

Eerst het terugblikken. Als een onderneming failliet gaat, krijgen we te maken met het fenomeen dat alles wordt gezien door de bril waarmee faalfactoren scherp zichtbaar zijn geworden; wat wijst er op onkundigheid, gegeven de rampzalige afloop? De onderzoeker staat steeds bloot aan de effecten van *outcome* of *hindsight bias*. Dat is het fenomeen van wijsheid achteraf waardoor de gebeurtenissen verklaarbaarder of voorspelbaarder lijken dan in werkelijkheid mogelijk was; dat stuurt en stoort dus het oorzakenonderzoek. Zowel ervaren als onervaren ‘auditors’ (een vergelijkbare functie als curatoren) blijken gevoelig voor wijsheid achteraf, waarbij ze steeds vooral meer aandacht blijken te hebben voor veronderstelde faalfactoren dan voor de gunstige.⁶³ Voor een uitgebreide bespreking van deze relevante en belangrijke fenomenen wordt naar de referenties verwezen, voor het ondernemingsrecht met name naar Hermans.⁶⁴

Een van de kernpunten van het onderzoek is of er sprake was van wanbeleid bij de bestuurders van de onderneming. Maar wat wordt er onder wanbeleid verstaan en hoe wordt dat eenduidig vastgesteld? Blijkt uit het gevolg, het faillissement, de oorzaak, het wanbeleid? Als indicatie daarvoor geldt bijvoorbeeld het ontbreken van een adequate administratie door het niet nakomen van de wettelijke plicht daartoe ex artikel 2:10 BW. Maar wat is de maatstaf voor

63. Zie daarover Anderson 2014.

64. Zie Roese en Vohs 2012, Giard 2017b en Hermans 2017b.

beantwoording van de vraag of er voldaan is aan die plicht en is die duidelijk genoeg?⁶⁵ En is zo'n slechte boekhouding nu oorzaak van het bedrijfsfalen of is het er misschien eerder een symptoom van?

Wie de beslissing van de Ondernemingskamer over het onderzoek naar het faillissement van ICT-concern Landis Group leest, ontkomt daarbij niet aan de indruk dat er door outcome bias vooral aandacht bestaat voor veronderstelde faalfactoren.⁶⁶ Er wordt geen systematiek bij het onderzoek gehanteerd als te zien in tabel 1. Terloops wordt als externe factor genoemd dat in de ICT-sector inmiddels breed werd onderkend dat er in die sector sprake was van een crisis met een structureel karakter – maar daar blijft het bij.⁶⁷

De wijze van besturen van het concern en het financieren van nieuwe acquisities worden bekritiseerd, maar is dat gebaseerd op ex ante geformuleerde objectieve normen? Hoe doen vergelijkbare bedrijven dat en met welk resultaat? Als het ene bedrijf glorieert en het andere failleert, waarbij allebei dezelfde wijze van financiering hanteerden, hoe oordeel je dan over de juistheid van die financiering? Wordt het handelen hier wederom gezien door het frame van het faillissement? Of speelt ook de berichtgeving in de media hierbij een rol? Hoe onbevooroordeeld is dan het onderzoek in de enquête bij Meavita?⁶⁸ Eerder noemde ik al het oordeel over Fortis. En is ondernemer Elon Musk werkelijk zo geniaal? Hoe kijken we dan later naar hem als er problemen komen met Tesla of SpaceX?

En dan het vooruitblikken. Er is veel bedrijfskundig onderzoek gedaan naar de vraag of het slagen of falen van een onderneming kan worden voorspeld, wat zijn succesfactoren? Daar schuilen – alweer! – kluwen van methodologisch addertjes onder het gras. Bijvoorbeeld: wie uitsluitend succesvolle ondernemingen wil gaan analyseren, maakt zich op voorhand al schuldig aan *selection* of *survival bias*: de matige, slechte of door insolventie gesneuvelde bedrijven werden van het onderzoek uitgesloten.

Voor retrospectieve analyse van failliete bedrijven geldt wederom dezelfde problematiek van selectiebias. Onderzoek naar wat goed – of slecht – ondernemerschap kenmerkt, is dus complex en methodologisch lastig maar wel noodzakelijk; we weten er gewoon echt nog te weinig van en die onwetendheid heeft weer consequenties voor al degenen die zich met het onderzoek van insolventies bezighouden en daaraan juridisch relevante consequenties verbinden.

Wie de overlevingskansen van een bedrijf wil onderzoeken, zal het hele spectrum aan bedrijven met goede, matige en slechte resultaten moeten

65. Zie daarover Van Hengel 2015.

66. Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8414.

67. Zie r.o. 2.1.

68. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61. Zie de kritiek hierop door Deelen 2017.

includeren. Definieer dan een beginpunt waarop van een bedrijf kan worden gesproken, branche, omvang, locatie, marktaandeel etc. en leg vooraf vast welke factoren je onderzoekt en hoe je die vastlegt, volg die bedrijven en verricht periodiek peilingen en evalueer die. Daarvoor is er een lange follow-up tijd nodig, prestaties en markten kunnen fluctueren. Zo kan je voor bedrijven in het algemeen of per bedrijfsgroep qua aard en/of grootte onderzoek doen naar slaag- en faalfactoren gerelateerd aan hun resultaten.

In 2001 publiceerde Jim Collins een mondiale bestseller onder de titel *Good to great*.⁶⁹ Samen met zijn team analyseerde hij systematisch honderden bedrijven uit de Fortune 500-lijst. Daarin vonden ze uiteindelijk elf bedrijven, die in een periode van vijftien jaar goed gepresteerd hadden en explosief groeiden: inderdaad, die ontwikkelden zich klaarblijkelijk van goed naar groots! Kenmerken van die fortuinlijke ondernemingen waren dat ze uitstekende leiders hadden, de juiste mensen kozen, alle harde feiten onder ogen kregen, een gedisciplineerde organisatiecultuur hadden en nog veel meer. Zo hoort excellent ondernemen dus te zijn – maar is dit eigenlijk niet een opsomming van open deuren?

Twee jaar later waren drie van deze elf qua beursnotering alweer weggezaakt en later nog eens twee. Bijna de helft was dus in de jaren daarna teruggeleden en had opgehouden in de oorspronkelijke bruisende vorm te bestaan; ze waren uiteindelijk helemaal niet zo ‘great’ meer. Dit is een typisch voorbeeld van selectie oftewel survivalbias: de overlevers van dat moment werden verkozen en onderzocht maar dat leidde niet tot robuuste kenmerken van goed ondernemerschap. Bovendien, ik noemde het al eerder, ontstaan, bestaan en vergaan bedrijven net zoals wij mensen – een natuurlijk proces dus.

Bij oorzaak-gevolgrelaties mogen we nooit terugredeneren dat we uit het gevolg de oorzaak kunnen afleiden. Uit het faillissement mogen we geen conclusies trekken over wanbeleid. We kunnen dus wel uit oorzaken gevolgen afleiden, maar niet omgekeerd – een asymmetrische relatie dus.⁷⁰ Dat vraagt dus een prospectief gericht onderzoek.

Ondernemers mogen dan last hebben van zelfoverschatting, bij de juridische onderzoeker ligt dat ook op twee manieren op de loer. Heeft de onderzoeker wel enig besef waar zijn kennisgrenzen liggen? In de eerste plaats is er het Dunning-Kruger-effect: hoe onwetend is de onderzoeker wat betreft zijn eigen onwetendheid?⁷¹ Om daarachter te komen, heb je metacognitieve vermogens nodig om te onderzoeken hoe juist jouw keuzes en conclusies waren. De eerste

69. Collins 2001.

70. Zie over deze causaliteitsvraagstukken Giard 2018b.

71. Zie Dunning 2011 en ook Ehrlinger et al. 2008.

stap daartoe is je die vragen te durven stellen en vervolgens – liefst ook met hulp van anderen – onverschrokken te beantwoorden.

In de tweede plaats, verwant met de eerste, of het onderzoek en de daaruit afgeleide verklaring wel diepgravend genoeg is, de *illusion of explanatory depth*.⁷² We hebben meestal te snel de indruk dat we het allemaal wel weten. Maar daarvoor moeten we de antwoorden op de waardoorvraag kritisch benaderen. Faillissementsonderzoeken zouden daarom eigenlijk alleen mogen worden verricht door onderzoekers die de daarvoor benodigde kennis en vaardigheden bezitten.

8. Conclusies

Realiseerde de Rotterdamse rechter zich wel wat de opdracht tot oorzakenonderzoek als routine bij faillissementen door de curator allemaal betekent en wat hij daarmee aanricht? Moet de curator dan ook niet met een beetje *overconfidence bias* behept zijn om die taak uit te voeren? Wat ik heb proberen duidelijk te maken is het volgende:

- Het oorzakenonderzoek, zoals dat tot nu toe bij faillissementen gepraktiseerd wordt, is op methodologische gronden meestal niet uitgebreid en diepgaand genoeg omdat het veel te beperkt en vooral onsystematisch wordt uitgevoerd.
- De vraag is of de onderzoekers zich wel voldoende bewust zijn van de talrijke potentiële systematische misleidingen die op de loer liggen en of hun onderzoeksmethoden daarop aangepast zijn.
- De kennis over de oorzaken van het goed of slecht functioneren van een bedrijf en waarom ze insolvent kunnen worden, is allesbehalve voldoende: er zijn veel lacunes en vooral veel halve waarheden.

Juristen hebben nogal eens de neiging om zo autonoom mogelijk te werk te willen gaan en daarbij niet of nauwelijks buiten de grenzen van hun vak durven te kijken.⁷³ Die te beperkte niet-juridische kennis zal, zeker ook op het terrein van het insolventierecht, contraproductief kunnen werken. De vraag is immers gerechtvaardigd of de op dit terrein werkzame juristen hun vermogen om hier goed te kunnen onderzoeken en oordelen wellicht overschatten, vooral omdat ze hun onwetendheid, vooral op niet-juridisch terrein, gemakkelijk kunnen onderschatten.

Gezien het bovenstaande, het bestaan van tal van methodologische valkuilen en de noodzaak van goed voorbereide onderzoeksplannen, kan men zich terecht

72. Mills en Keil 2004.

73. Van Krieken 2006.

afvragen of het echt wel haalbaar is om bij elk faillissement een oorzakenonderzoek te doen.

Hier ontberen we de uitkomsten van goed empirisch onderzoek: hoe vaak komt het voor dat de ondernemer er verwijtbaar een knoeiboel van heeft gemaakt of fraudeert? Vriesendorp stelt mijns inziens terecht: “... *alleen als er serieuze aanwijzingen zijn van verdachte of onnatuurlijke omstandigheden, dat wil zeggen een te kwader trouw handelen door de bestuurder of gerelateerde partijen (en de schuldeisers het zinvol achten en willen betalen!), is een dergelijk onderzoek geboden*”.⁷⁴

En willen we dat onderzoek in voorkomende gevallen ook werkelijk adequaat doen, dan is er nog heel veel werk te verzetten. De curatoren moeten beter op deze onderzoektaak worden toegerust gebaseerd op een beproefde methodologie, uitgewerkt in een deugdelijk en vooraf mede door de rechter-commissaris goed bevonden onderzoeksplan. Er ligt voor zowel bedrijfskundige als juridische onderzoekers – liefst in samenspraak met elkaar – ook een forse researchagenda klaar om bij de in dit hoofdstuk genoemde knelpunten een goede probleemstelling uit te werken en op geleide daarvan dat verder te onderzoeken, zowel theoretische als empirisch.

Het werk binnen het insolventierecht zal zeker aan kwaliteit kunnen winnen als dat vaker multidisciplinair wordt aangepakt – ook in de rechtspraak met een betere rechtsbedeling en – bescherming tot gevolg.⁷⁵ Praktijkjuristen zullen dan ook steeds meer aangewezen zijn op kennisbronnen buiten hun vakgebied en dan vooral uit de bedrijfswetenschappen. Er valt nog veel te leren en te verbeteren maar dat zorgt er ook voor dat er een betere legitimering van de rechtspraak op dit terrein komt.

Verkort aangehaalde literatuur:

- Amankwah-Amoah, J. en H. Zhang, ““Tales from the grave”: what can we learn from failed international companies?”, *Foresight* 2015 vol. 17, p. 528-541.
Amankwah-Amoah, J. ‘An integrative process model of organizational failure’, *Journal of Business Research* 2016 vol. 69, p. 3388-3397.
Anderson, K.L., ‘The effects of hindsight bias on experienced and inexperienced auditors’ relevance ratings of adverse factors versus mitigating factors’, *Journal of Business & Economics Research* 2014 vol. 12 (3), p. 165-173.
CBS, *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015*, Den Haag: CBS 2016.
Collins, J., *Good to great*, Amsterdam/Antwerpen: Business Contact 2001.

74. Vriesendorp 2018, p. 93.

75. Zie daarover Giard 2017a.

- Deelen, C.F., 'Mentale misleiding en de rechter. Meavita, de OK en oordelen achteraf', *WPNR* 2017/7111.
- Dekker, S., *The field guide to understanding 'human error'* (3e druk), Farnham: Ashgate Publishing Ltd 2014.
- Dunning, D., 'The Dunning-Kruger effect. On being ignorant of one's own ignorance', *Advances in Experimental Social Psychology* 2011 vol. 44, p. 247-296.
- Dunning, D., 'The best option illusion in self and social assessment', *Self and Identity* 2018, p. 1-14.
- Erkens, F., 'Vraagstukken bij financieel deskundigenonderzoek', *Expertise en Recht* 2017, p. 248-254.
- Ehrlinger, J. et al., 'Why the unskilled are unaware: further explorations of (absent) self-insight among the incompetent', *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2008 vol. 102, p. 98-121.
- Fischer, P. et al., 'Selective exposure and decision framing: the impact of gain and loss framing on confirmatory information search after decisions', *Journal of Experimental Social Psychology* 2008 vol. 44, p. 312-320.
- Giard, R.W.M., 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *Letsel & Schade* 2010 nr. 2, p. 6-12.
- Giard, R.W.M., 'Waarheidsvinding: een spel van vraag en antwoord', *Expertise en Recht*, 2013 nr.3-4, p. 115-121.
- Giard, R.W.M., *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.
- Giard, R.W.M., 'De kennis van de jurist voorbij: wanneer weten twee samen meer dan een?', *Expertise en Recht* 2017a, p. 181-184.
- Giard, R.W.M., 'in de rechtszaal voert hindsight bias nog te vaak de regie. Wie doet er wat aan?', *Expertise en Recht* 2017b nr. 2, p. 49-51.
- Giard, R.W.M., 'Wie de data niet eert, is de rechtspraak niet waard', *Expertise en Recht* 2018a nr.3, p. 105-107.
- Giard, R.W.M., 'Het naadje van de causaliteit. Wetsevaluatie en rechtspraak vanuit een ander perspectief', *Expertise en Recht*, 2018b nr. 3, p. 108-114.
- Giardino, C., Wang, X., en Abrahamsson, P. 'Why early-stage software startups fail: a behavioral framework', in: *International Conference of Software Business*, Cham: Springer 2014, p. 27-41.
- Gudmundsson, S.V. en C. Lechner, 'Cognitive biases, organization, and entrepreneurial firm survival', *European Management Journal* 2013 vol. 31, p. 278-294.
- Hengel, E.M. van, 'De administratieplicht ex artikel 2 : 10 bw nader bezien', *V&O* 2015, p. 37-41.

- Heracleous, L. en K. Werres, 'On the road to disaster: strategic misalignments and corporate failure', *Long Range Planning* 2016 vol. 49, p. 491-506.
- Hermans, R.M., *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017a.
- Hermans, R.M., 'Het voorkomen van hindsight bias bij het beoordelen van het handelen van rechtspersonen', in: *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017b, p. 499-546.
- Jenkins, A. en A. McKelvie, 'What is entrepreneurial failure? Implications for future research', *International Small Business Journal: Researching Entrepreneurship* 2016 vol. 34, p. 176-188.
- Kahneman, D., *Ons feilbare denken*, Amsterdam: Uitgeverij Business Contact 2011.
- Kloe, H.J. de en F. Ortiz Aldana, 'Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?', *Maandblad Voor Ondernemingsrecht*, 2018 nr.1 en 2, p. 50.
- Krieken, R. van, 'Law's autonomy in action: anthropology and history in court', *Social and Legal Studies* 2006 vol. 15, p. 574-590.
- Martins Pereira, C., 'Reviewing the literature on behavioural economics', *Capital Markets Law Journal* 2016, vol. 11(3), p. 414-428.
- Mathis, K. (red.), *European perspectives on behavioural law and economics*, Cham: Springer 2015.
- Mellahi, K. en A. Wilkinson, 'Organizational failure: a critique of recent research and a proposed integrative framework', *International Journal of Management Reviews* 2004 vol. 5-6, p. 21-41.
- Mellahi, K. en A. Wilkinson, 'Managing and coping with organizational failure: introduction to the special issue', *Group and Organization Management* 2010, vol. 35, p. 531-541.
- Miedema, P. 'Accountantscontrole van het 'concern'', in: *INSOLAD jaarboek* 2017, p. 291-304.
- Mills, C.M. en F.C. Keil, 'Knowing the limits of one's understanding: the development of an awareness of an illusion of explanatory depth', *Journal of Experimental Child Psychology* 2004 vol. 87, p. 1-32.
- Moosa, I.A. en V. Ramiah, *The financial consequences of behavioural biases*, Cham: Palgrave Macmillan 2017.
- Nickerson, R.S., 'Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises.', *Review of General Psychology* 1998 vol. 2(2), p. 175-220.
- Rachlinski, J.J., 'The psychological foundations of behavioral law and economics', *University of Illinois Law Review* 2011, nr. 5, p. 1675-1696.
- Rassin, E.G.C., 'Vijf jaar tunnelvisiecommotie: het moet niet gekker worden', *R. Themis* 2010 nr. 5/6, p. 206-214.

- Roese, N.J. en K.D. Vohs, 'Hindsight bias', *Perspectives on Psychological Science* 2012 vol. 7(5), p. 411-426.
- Schimmelpenninck, R.J., 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20.
- Schumpeter, J.A., *The theory of economic development*, Cambridge (MA): Harvard University Press 1934.
- Simon, M., Houghton, S.M. en K. Aquino, 'Cognitive biases, risk perception, and venture formation: how individuals decide to start companies', *Journal of Business Venturing* 2000 vol. 15, p. 113-134.
- Sunstein, C.R. (red.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge: Cambridge University Press 2000.
- Tetlock, P.E., 'Accountability: a social check on the fundamental attribution error', *Social Psychology Quarterly* 1985 vol. 48, p. 227-236.
- Tor, A., 'The next generation of behavioural law and economics' in: Mathis, K. (red.), *European perspectives on behavioural law and economics*, hoofdstuk 2 (p. 17 e.v.), Cham: Springer 2015.
- Tversky, A. en D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', *Science* 1974, vol. 185, p. 1124-1131.
- Tversky, A. en D. Kahneman, 'The framing of decisions and the psychology of choice.', *Science* 1981, vol. 21, p. 453-458.
- Verschuren, P.J.M., *De probleemstelling voor een onderzoek*, (14e druk), Houten: Het Spectrum 2011.
- Verschuren, P.J.M., *Kernthema's in de methodologie. Op weg naar beter onderzoek*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2017.
- Vriesendorp, R.D., '[**] It happens; then and now/terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht', *TvI* 2017, 148-159.
- Vriesendorp, R.D., "'Insolventiestress' en het insolventierecht als 'de psychopathologie van het recht'", *TvI* 2018/15.
- Whetten, D.A. 'Organizational decline: sources, responses and effects', In: J. Kimberly en R.Miles (red.), *Organizational Life Cycles*, San Francisco: Jossey-Bass 1980, p. 342-374.
- Woods, D.D. et al., *Behind human error*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd, 2010.
- Wu, K. en D. Dunning, 'Hypocognition: making sense of the landscape beyond one's conceptual reach', *Advances in Experimental Social Psychology* 2018 vol. 22 (1), p. 25-35.
- Yamakawa, Y. en M.S. Cardon, 'Causal ascriptions and perceived learning from entrepreneurial failure', *Small Business Economics* 2015 vol. 44, p. 797-820.

De impact van financiële problemen

T.E. MADERN, L. VAN TEEFFELEN EN N. JUNGSMANN¹

1. Inleiding

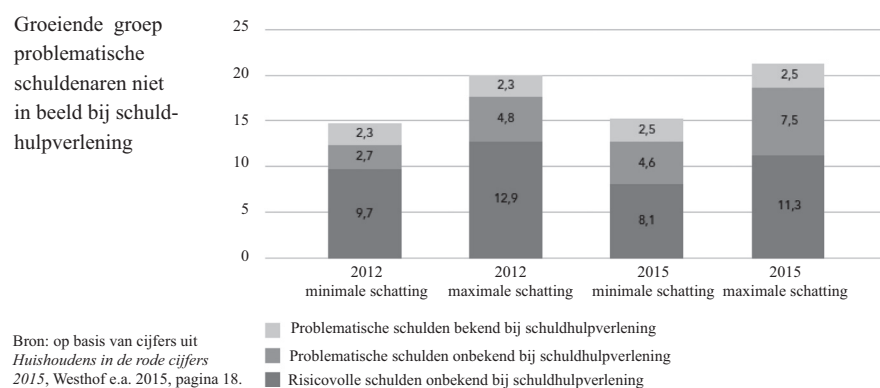
Het aantal particulieren en bedrijven met financiële problemen in Nederland is groot. De laatst beschikbare cijfers laten zien dat bijna één op de vijf Nederlandse huishoudens een risico heeft op problematische schulden of daar al in zit.² Anders dan bij een problematische schuldsituatie zou een huishouden dat in een risicovolle schuldsituatie zit de situatie mogelijk nog kunnen oplossen. Voorwaarde is dan dat het huishouden zich daar hard voor inzet, er geen nieuwe tegenslagen zijn en geen bijkomende problemen. Bij een problematische schuldsituatie is er structureel te weinig geld, vaak als gevolg van aflossingen, om van rond te komen. Sinds de start van de economische crisis is het aantal huishoudens met risicovolle of problematische schulden steeds verder gegroeid. Deze groei lijkt nu afgevlakt of zelfs gestopt te zijn,³ maar doordat actuele en betrouwbare cijfers over alle schulden tezamen ontbreken, kunnen geen harde uitspraken gedaan worden over het aantal huishoudens dat anno 2018 in de financiële problemen zit. Als we in dit artikel spreken over schulden, doelen we in alle gevallen op achterstanden in betalingen en gaat het niet om bijvoorbeeld hypotheekschulden die tijdig worden afgelost.

Al in de periode 2012-2015 groeide het totaal aantal huishoudens met schulden minder sterk, echter het aantal huishoudens met problematische schulden nam toe. Westhof e.a.² hebben op basis van een steekproef geschat hoe groot de groep Nederlanders met financiële problemen is. Ze hebben daarbij een minimale en een maximale schatting van de omvang gedaan. In de periode 2012-2015 nam het percentage huishoudens met risicovolle schulden af van minimaal 9,7% in 2012 naar 8,1% in 2015. Het percentage huishoudens met problematische schulden nam juist toe, van minimaal 5,0% naar minimaal 6,1%.² Slechts 41% van deze groep is bekend bij schuldhulpverlening (2015), in 2012 was dat nog 46%. Als we naar de maximale schattingen kijken is het

1. De auteurs zijn alle drie werkzaam bij de Hogeschool Utrecht. Tamara Madern is lector Schuldpreventie en Vroegsignalering, Nadja Jungmann lector Schulden en Incasso en Lex van Teeffelen is lector Financieel-Economische Advisering en Innovatie.
2. F.M.J. Westhof, L. de Ruig en A. Kerckhaert, *Huishoudens in de rode cijfers 2015. Over schulden van Nederlandse huishoudens en preventiemogelijkheden*, Zoetermeer: Panteia 2015.
3. Onder andere Bureau Krediet Registratie (19 juli), *Opnieuw minder consumenten met betalingsachterstanden [persbericht]*, Tiel: BKR 2018.

beeld nog verontrustender. In 2012 had 7,1% te maken met problematische schulden waarvan 32% bekend was bij schuldhulpverlening, in 2015 was dat gestegen naar 10%, waarvan 25% bekend was bij schuldhulpverlening. Er zijn dus niet alleen meer huishoudens met problematische schulden, maar ook meer huishoudens die niet de hulp krijgen die ze nodig hebben. Dit beeld komt ook uit ander onderzoek naar voren: een derde van de mensen die aankloppen bij schuldhulpverlening kunnen (nog) niet geholpen worden doordat zij allerlei juridische en motivationele belemmeringen ervaren.⁴ Onder de juridische belemmeringen vallen onder meer onvoldoende inkomen, betwiste vorderingen en instabiele inkomenssituaties, onder de motivationele redenen vallen redenen als onvoldoende bereidheid tot het doen van concessies en gevoelens van slachtofferschap. De schuldenaar is dan zelf nog niet in staat om de benodigde stappen te zetten. Concluderend kunnen we dus stellen dat het erop lijkt dat het aantal huishoudens met financiële problematiek niet meer stijgt, maar het is nog te vroeg om echt te kunnen constateren dat het tij gekeerd is. Het aantal huishoudens met schulden is echter nog steeds vele malen groter dan voor de economische crisis⁵ en het aantal huishoudens met problematische schulden dat hulp ontvangt van schuldhulpverleningsorganisatie is klein. Financiële problematiek treft dus nog steeds grote groepen Nederlandse huishoudens.

Figuur A: Groeiende groep problematische schuldenaren niet in beeld bij schuldhulpverlening.



Bron: T. Madern, 'Niet omdat het kan, maar omdat het moet. Het belang van schuldpreventie en vroegsignalering', Utrecht: Hogeschool Utrecht 2017: op basis van cijfers uit F.M.J. Westhof, L. de Ruig en A. Kerckhaert, 'Huishoudens in de rode cijfers 2015. Over schulden van Nederlandse huishoudens en preventiemogelijkheden', Zoetermeer: Panteia 2015.

4. N. Jungmann, E. Lems, F. Vogelpoel, G. van Beek en P. Wesdorp, *Onoplosbare schuldsituaties*, Utrecht: Hogeschool van Utrecht 2014.
5. Onder andere NVVK (2017), *Jaarverslag 2016*. Geraadpleegd op jaarverslag2016.nvvk.eu.

De cijfers hierboven genoemd betreffen alleen particulieren. Onder deze particulieren zijn vele zzp'ers. Ook voor deze groep geldt dat het ontbreekt aan actuele gegevens over het aantal zzp'ers met financiële problemen. Particulieren dienen zich eerst te melden voor een minnelijk traject schuldhulpverlening. Als dat niet lukt, dan kan de schuldhulpverlenende instantie een artikel 285 (FW) verklaring afgeven, waarmee een verzoekschrift Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp) wordt aangevraagd. Uit de 285-verklaringen blijkt dat de schulden van (ex-)ondernemers vele malen hoger zijn dan die van particulieren zonder eigen bedrijf. De mediane schuldlast van een particulier was in 2017 € 46.212 en voor een ondernemer € 90.396. Deze gerapporteerde schuldenlast geeft slechts een indicatie, omdat in de praktijk de schuldenlast tijdens de regeling vaak hoger blijkt uit te vallen.⁶

In dit hoofdstuk gaan we kort in op de maatschappelijke impact van schulden om vervolgens in te gaan op de dynamiek die schulden teweegbrengt en wat het vraagt om schuldenproblematiek aan te pakken. Specifiek kijken we naar de stress die schulden met zich mee brengt en wat daar de effecten van zijn.

2. Maatschappelijke kosten zijn groot

De impact en de kosten van financiële problematiek zijn groot. Niet alleen voor het individu zelf. Ook de maatschappelijke impact en kosten zijn substantieel. Mensen leggen een hele weg af voordat de schulden problematisch zijn. Pas vijf jaar na het ontstaan van de eerste schuld melden mensen zich bij schuldhulpverlening.⁷ Het betreft dan het minnelijke traject. Over de periode voorafgaand aan het minnelijke traject is relatief weinig bekend. Wat wel bekend is, is dat de kosten ook dan al behoorlijk kunnen zijn. De geldelijke kosten van een huishouden met risicovolle schulden, kunnen oplopen tot meer dan € 10.000 per huishouden per jaar.⁸ Een voorbeeld van deze kosten zijn de kosten voor arbeidsintegratie. Mensen in de bijstand met schulden doen er gemiddeld langer over om een baan te vinden.⁹ De meest voorzichtige schatting is dat de bijstandsuitkering vier maanden eerder gestopt kan worden als er geen schulden

6. L. Nickel en S.L. Peters, *Monitor Wsnp. Veertiende meting over het jaar 2017*, Utrecht: Raad voor Rechtsbijstand 2018.

7. N. Jungmann en M. Anderson, *Vroegsignalering moet en kan! Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een Landelijk Informatiesysteem Schulden*, Nederhorst den Berg: Social Force 2011.

8. L. Aarts, K. Douma, R. Frierson, C. Schrijvershof en M. Schut, *Kosten en baten van schuldhulpverlening*, Den Haag: APE bv 2011.

9. R. van Geuns, N. Jungmann, G. Kruis, P. Calkoen en M. Anderson, *Schuldhulpverlening loont! Een onderzoek naar de kosten en baten van schuldhulpverlening*, Amsterdam: Regioplan 2011.

zijn. Een andere partij waar veel maatschappelijke kosten van de schuldenproblematiek terechtkomen zijn de woningbouwcorporaties. De kosten van een betalingsregeling bedragen gemiddeld € 45. Als het komt tot een huisuitzetting zijn de kosten vele malen groter, die liggen tussen de € 5.000 en € 7.000 per huisuitzetting. Van de mensen die worden uitgezet komt ongeveer een kwart in de crisisopvang terecht. Dat verblijf kost tussen de € 12.000 en € 16.000 per huishouden per keer. Naast het verblijf moet ook worden gedacht aan de kosten voor extra zorg en overlast die door daklozen wordt veroorzaakt. Per huisuitzetting kost dit nog eens ruim € 45.000 extra op het gebied van zorg en veiligheid.⁹

Naast geldelijke kosten zijn ook vele immateriële kosten. Huishoudens in problematische schuldsituaties hebben vaker last van gevoelens van onveiligheid en angst voor een stigma dat hen belemmert in het dagelijkse leven;¹⁰ mensen met financiële zorgen geven vaker aan zich buitengesloten te voelen en zich weinig verbonden te voelen met de omgeving;¹¹ mensen die financiële problemen hebben zijn vaak minder tevreden over hun eigen leven¹¹. Bovendien blijkt ook dat er een relatie is tussen gezondheid en schulden. Personen met problematische schulden hebben een slechtere fysieke gezondheid, zoals rugklachten en andere gezondheidsproblemen.^{10,12} Personen met problematische schulden hebben last van een slechte psychische gezondheid, zoals verhoogde stress, depressiviteit, slapeloosheid, nervositeit of agressie.¹³

3. Systemen versus gedrag

Hoe kan het dat zoveel huishoudens in de Nederlandse samenleving niet in staat zijn om hun financiële problemen aan te pakken? In essentie is het voorkomen of aanpakken van schulden relatief simpel: niet meer uitgeven dan je hebt. Dat veel Nederlanders toch in de problemen komen, komt veelal door de kloof tussen de systeemwereld, in het bijzonder hoe het incassostelsel werkt, en het menselijk handelen. Regelgeving en processen zijn ingericht op een wijze die niet aansluit bij het menselijk handelen. Bovendien hoe verder een persoon in de problemen komt, des te meer wordt er verwacht van die persoon. Hij/zij

10. H. Dubois en R. Anderson, *Managing household debts: Social service provision in the EU*, Dublin: Eurofound 2010.

11. T. de Ronde, C. van der Linden en Y. Schoordijk, *Geloof jij dat je betrokken bent?*, Amsterdam: Motivaction 2008.

12. E.B. Ochsmann, H. Rueger, S. Letzel, S., H. Drexler en E. Muenster, 'Over-indebtedness and its association with the prevalence of back pain', *BMC Public Health* 2009, 9, p. 451. doi:10.1186/1471-2458-9-451

13. W.C.A.M. Dessart en A.A.A. Kuylen, 'The nature, extent, causes, and consequences of problematic debt situations', *Journal of Consumer Policy* 1986, 9(3), p. 311-334. doi:10.1007/BF00380302.

moet meer stukken aanleveren, beter en meer overzicht houden en constant zichzelf in de hand houden. En juist deze functies zijn lastig als een persoon in een stressvolle situatie zit. Ironisch genoeg geldt dus dat iemand die in de financiële problemen komt, slechter in staat is om de problematiek aan te pakken.

3.1 *De systeemkant: schulden lopen snel op*

In Nederland bestaat een uitgebreid systeem van maatregelen bedoeld om openstaande vorderingen te kunnen innen. Als een debiteur niet betaalt mogen er incassokosten worden berekend. Deze kunnen snel oplopen. Maar de echte problemen ontstaan vaak bij de maatregelen die een stap verder gaan. Uitgangspunt van het Nederlandse systeem is dat een aangegane schuld moet worden terugbetaald.¹⁴ In de huidige uitwerking ligt de nadruk daarbij op het boete doen. Het gaat uit van mensen die eigenlijk niet willen betalen; door de boetes zouden ze sneller in actie komen. Onbedoeld effect is dat door deze bijkomende maatregelen kleine schulden snel oplopen. En dat mensen die wel willen maar niet kunnen betalen snel dieper in de problemen komen. In 2012 verscheen het eerste rapport 'Paritas Passé' dat constateerde dat wet- en regelgeving schuldenproblematiek verergerde. De onderzoekers concludeerden dat de complexiteit van de beslagwetgeving en de nieuwe incassobevoegdheden die met name de overheid zichzelf had gegeven, ervoor zorgde dat mensen met financiële problemen niet ondersteund werden, maar verder in de problemen kwamen.¹⁵ Na dit rapport volgden meerdere studies die ingaan op de complexiteit van het Nederlandse systeem, in het bijzonder het incassosysteem, het sociale zekerheidsstelsel en de schuldhulpverlening. Zo concludeerde de Raad voor de Volksgezondheid en Samenleving dat veel schulden voorkomen kunnen worden door regels eenvoudiger te maken.¹⁶ De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) stelt dat de hedendaagse samenleving te hoge eisen stelt aan redzaamheid van burgers, waaronder burgers met schulden.¹⁷ De Nationale Ombudsman concludeerde bovendien dat dit ook het geval

14. R. in 't Veld, J. Westerbeek en R. Winters, *Een onbemind probleem. Voorstudie maatschappelijke kosten-batenanalyse schuldenproblematiek*, Tilburg University 2016.

15. N. Jungmann, A.J. Moerman, H.D.L.M. Schruer en I. van den Berg, *Paritas passé. Debiteuren en crediteuren in de knel door ongelijke incassobevoegdheden*, Den Haag: KBvG 2012.

16. Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Eenvoud loont. Oplossingen om schulden te voorkomen*, Den Haag: RVS 2017.

17. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

is bij de gemeentelijke schuldhulpverlening: daar gaat de gemeentelijke overheid ook teveel uit van de zelfredzaamheid van burgers.¹⁸ De conclusies van al deze rapporten was dus in grote lijnen steeds vergelijkbaar: het incassostelsel is te complex en de Nederlandse overheid heeft te hoge verwachtingen van de (financiële) zelfredzaamheid van burgers. Straffen werkt niet bij de groep die niet kan betalen. Hoewel er geen harde cijfers zijn, is het op basis van bestaand onderzoek aannemelijk dat de groep die wel wil maar niet kan betalen, veruit de grootste groep is.¹⁹ Als je bestedingsruimte laag is, dan kan een enkele boete al een keten in gang zetten van onbetaalde rekeningen als je er niet snel genoeg bij bent. Het huidige Nederlandse systeem vraagt een proactieve en vooral rationele aanpak. En dat laatste strookt niet met hoe mensen vaak handelen.

3.2 *We zijn minder rationeel dan we denken*

Bij financieel gedrag wordt vaak gedacht aan gedrag waaraan een bewuste, rationele afweging voorafgaat. Ook als we naar ons zelf kijken, zien we onszelf meestal als rationele wezens die hun keuzes bewust maken. De meeste van onze gedragingen zijn echter geen bewuste rationele afwegingen. De afgelopen jaren zijn we binnen de Nederlandse samenleving anders gaan kijken naar hoe gedrag tot stand komt en wordt beïnvloed. De rationele-keuzetheorie was jarenlang de leidende theorie in beleid en uitvoering, maar deze theorie krijgt steeds minder navolging. De rationele-keuzetheorie gaat ervan uit dat mensen hun keuzes baseren op volledig rationeel kunnen denken en handelen. De uiteindelijke keuze is gebaseerd op een rationele, logische afweging van de verschillende opties, waarbij het maximaal haalbare voor het individu centraal staat. Het individu kiest dus wat voor hem of haar de gunstigste optie is en zal in gelijke situaties ook steeds hetzelfde handelen. Bovendien zou een ander persoon in dezelfde omstandigheden volgens deze theorie ook dezelfde keuze maken. Steeds meer onderzoeken laten zien dat bijvoorbeeld ook persoonlijkheid van invloed is. Een introverte persoon maakt andere afwegingen dan een extravert persoon, een persoon in stress handelt anders dan iemand zonder stress. Keuzes zijn dus niet alleen afhankelijk van de beschikbare informatie, maar ook van de wijze van verwerken. Bovendien is een persoon niet in staat om alle opties te

18. R.F.B. van Zutphen, A.J.H. Tuzgöl-Broekhoven, W.C.P. van den Berg, E.J.E. Govers en D.J. Hanse, *Burgerperspectief op schuldhulpverlening. Een onderzoek naar de ervaringen van burgers met gemeentelijke schuldhulpverlening*, Den Haag: De Nationale Ombudsman 2016.

19. T.E. Madern, *Op weg naar een schuldenvrij leven. Gezond gedrag noodzakelijk om financiële problemen te voorkomen*, Utrecht: Nibud 2015; A. van der Schors, M. van der Werf en G. Schonewille, *Geldzaken in de praktijk 2015*, Utrecht: Nibud 2015.

kennen. Simon introduceerde in 1955 al het begrip, beperkte rationaliteit, de mens wordt in zijn besluitvorming gestuurd door beperkte beschikbaarheid van informatie, cognitieve beperkingen en de beperkte tijd om tot een besluit te komen.²⁰ Simon was hiermee een van de eersten die kritiek uitte op de rationele-keuzetheorie. Toch duurde het tot in de jaren 2000 voordat de rationele-keuzetheorie echt onder druk kwam te staan. Vanaf het eind van de 20ste eeuw komt er meer aandacht voor het irrationeel handelen van mensen. Tiemeijer stelt zelfs dat wie een opleiding voor 2000 heeft gehad zich beter kan laten bijscholen.²¹ Volgens hem is er de laatste twintig jaar in de gedragswetenschappen veel veranderd. Tot in de jaren tachtig werd de mens gezien als een informatie-verwerkend wezen, vergelijkbaar met een computer. Intuïtie en gevoel speelden nauwelijks een rol.

Eind vorige eeuw veranderde dat; volgens Tiemeijer voltrok zich een ‘affectieve revolutie’, even later gevolgd door een ‘neurowetenschappelijke revolutie’. De rol van het onbewuste heeft een steeds grotere rol gekregen²² en het bewuste redeneren heeft steeds meer een bijrol gekregen. Kahneman spreekt in dat kader over systeem 1 en 2.²³ Systeem 2 is het rationele systeem, informatie wordt bewust verwerkt, het kost mentale inspanning. Systeem 1 daarentegen verwerkt informatie gevoelsmatig op basis van indrukken en gevoelens. Bij deze verwerking wordt onder meer gebruikgemaakt van heuristieken.²⁴ Dat zijn simpele, onbewuste vuistregels die dienen om snel beslissingen te kunnen nemen. Hoewel regelmatig effectief kan dit ook leiden tot denkfouten. Een voorbeeld daarvan is de beschikbaarheidsheuristiek. Dit is het proces waarbij we een inschatting maken op basis van directe voorbeelden uit ons geheugen. Denk bijvoorbeeld aan artsen: zij zullen sneller een diagnose stellen op basis van wat zij veel voorbij zien komen. Zeldzame ziekten kunnen zo over het hoofd worden gezien, dit omdat de arts zich dat zo niet direct kan herinneren. Heuristieken zijn een vorm van gedrag dat niet via rationele afwegingen tot stand komt. Maar er zijn veel meer processen die gedrag sturen. Een voorbeeld daarvan is verliesaversie: mensen vinden het vervelender om te verliezen dan dat ze het fijn vinden om te winnen. Met andere woorden, mensen hechten meer negatieve waarde aan verlies dan positieve waarde aan winst.

20. H.A. Simon, ‘A behavioral model of rational choice’, *The Quarterly Journal of Economics* 1955, 69 (1), p. 99-118.

21. W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

22. V. Lamme, *De vrije wil bestaat niet. Over wie er echt de baas is in het brein*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2010; A. Dijksterhuis, *Het slimme onbewuste. Denken met gevoel*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2007.

23. D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2011.

24. D. Kahneman en A. Tversky, ‘Prospect theory: An analysis of decision under risk’, *Econometrica* 1979, 47 (2), p. 263-292.

Daarom willen ze koste wat het kost verlies (en spijt) vermijden en gaan ze door met acties waarvan ze rationeel beseffen dat deze mogelijkerwijs niet de meest verstandige zijn. Als je eenmaal hebt geïnvesteerd in iets, is het lastig ermee te stoppen.²⁵ In dat licht is het lastig te stoppen met bijvoorbeeld loterijen. Je hebt immers vaak al behoorlijk wat geld geïnvesteerd, de angst blijft dat je op het moment dat je stopt, veel geld misloopt. Het is ook lastig om te stoppen met een loterij, omdat mensen het nemen van beslissingen houden rekening met de kosten die al gemaakt zijn, ook al is dat niet rationeel. Dit wordt het sunk-costeffect genoemd, er is al veel geïnvesteerd en die investering wordt meegenomen in het besluit om al dan niet door te gaan. Rationeel zouden alleen de toekomstige kosten moeten worden meegewogen. Veel besluiten worden genomen op basis van deze sunk costs. Denk bijvoorbeeld aan een bedrijf dat al flink heeft geïnvesteerd in een product, maar daar steeds meer geld in blijft stoppen. Bijvoorbeeld een nieuw ICT-systeem, terwijl er alweer nieuwere en betere opties zijn om het geld in te steken. Sunk costs speelt vaak een rol bij ondernemers met problemen. Stoppen met wat je doet is lastig, ook al levert dat financiële problemen op. Een laatste proces dat we hier willen uitlichten is de present bias. Dit houdt in dat mensen geneigd zijn om beslissingen te nemen die gericht zijn op het nu, in plaats van op de toekomst.²⁶ Deze present bias speelt bij ieder mens een rol. Het blijkt echter dat als mensen schaarste ervaren, bijvoorbeeld door een gebrek aan geld of tijd, zij nog meer op de korte termijn gericht zijn. Mensen houden dus vooral rekening met het hier en nu en nemen daardoor vaak onverstandigere beslissingen op de langere termijn. Een bekend voorbeeld daarvan is het experiment waarin aan mensen wordt gevraagd of ze € 10 nu willen of € 12 over een week. Een grote groep kiest voor de € 10 nu. De present bias maakt ook dat mensen toekomstige kosten vaak te laag inschatten.

De processen hierboven zijn slechts enkele processen die een rol spelen om te illustreren wat menselijk handelen kan beïnvloeden. In beleid was er tot een paar jaar geleden nauwelijks aandacht voor deze processen. Het gevolg is dat in wetgeving en beleid nauwelijks rekening wordt gehouden met deze irrationele processen. Er is nu sprake van een langzame kentering, onder andere door rapporten van de WRR. In 2017 introduceerde zij het begrip doenvermogen.²⁷ Zij concluderen dat om redzaam te zijn op terreinen zoals financiën, niet alleen denkvermogen nodig is maar ook doenvermogen. Onder denkvermogen vallen intelligentie en cognitieve vaardigheden; onder doenvermogen vallen temperament, zelfcontrole en overtuiging. Het denkvermogen is nodig om kennis en

25. D. Kahneman en A. Tversky, 'Prospect theory: An analysis of decision under risk', *Econometrica* 1979, 47 (2), p. 263-292.

26. D. Kahneman, *Thinking fast and slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2011.

27. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

De impact van financiële problemen

vaardigheden te kunnen verwerven, het doenvermogen om tot actie te komen. Het denkvermogen is vergelijkbaar met systeem 2 en het doenvermogen sluit aan bij systeem 1. Juist met het doenvermogen wordt, aldus de WRR, te weinig rekening gehouden in het Nederlandse beleid. Dat geldt voor wetgeving en beleid rondom financiën, maar ook op het gebied van gezondheid en de arbeidsmarkt. De WRR stelt dat in uitvoeringstoetsen niet alleen het perspectief van uitvoeringsorganisaties moet worden betrokken, maar ook het perspectief van de burgers. Zij moeten niet alleen de wet kennen, maar ook kunnen wat er van hen gevraagd wordt. De kernvraag die de WRR daarbij formuleert is: gaat de wetgeving uit van realistische assumpties over de mentale belastbaarheid van burgers? De WRR stelt dat er twee verschillende beleidsperspectieven zijn: een rationalistisch perspectief en een realistisch perspectief. De uitwerking daarvan staat in Figuur B. Op 23 mei 2018 presenteerde het Kabinet de brede schuldenaanpak, waarin nadrukkelijk aandacht is voor het doenvermogen van mensen. Er komt dus meer aandacht voor het irrationele gedrag van mensen in het Nederlandse beleid, maar dit verloopt langzaam. Datzelfde geldt voor organisaties die mensen met financiële problemen begeleiden. Ook zij worstelen met de vraag: hoe ga je om met mensen die niet rationeel handelen en wat kun je van mensen verwachten?

Figuur B: Verschillende beleidsperspectieven

Verschillende beleidsperspectieven	
1. Rationalistisch perspectief	2. Realistisch perspectief
Assumpties over mentale vermogens: – iedereen beschikt over voldoende mentale vermogens voor redzaamheid – uitzondering: kleine groep kwetsbaren – aandacht voor denkvermogen	Assumpties over mentale vermogens: – normaalverdeling: sommigen scoren hoog, sommigen laag, grote middengroep – staart van (zeer) kwetsbaren – ook aandacht voor doenvermogen
Assumpties over gedrag: – weten leidt tot doen – zelfcontrole is onbeperkt	Assumpties over gedrag: – weten is nog geen doen – zelfcontrole is begrensd
Inrichting beleid – meer keuze is altijd beter – sturen via informatie en financiële prikkels – burger moet de wet kennen	Inrichting beleid – verleiding en stress verminderen – sturing via keuzearchitectuur – burger moet de wet ook 'kunnen'
Uitvoering beleid – afstandelijk, zakelijk – geen contact voorafgaand aan sancties – alleen hulp bij evidente overmacht	Uitvoering beleid – persoonlijk, proportioneel – wel contact voorafgaand aan sancties – meer differentiëren: niet willen/niet kunnen

Bron: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

4. De dynamiek van schulden

De hierboven beschreven processen spelen bij iedereen een rol. Ieder mens gedraagt zich in meer of mindere mate irrationeel. Echter zodra er sprake is van schaarste en stress, lijken mensen over nog minder ratio te beschikken. Als er door financiële problemen steeds minder geld beschikbaar is, ervaren mensen schaarste. En door deze schaarste gaan ze irrationeler handelen. Door de schaarste komen mensen in een proces terecht waar zij in beslag worden genomen door hun schulden. Hun denken wordt als het ware gegijzeld door de directe nood – schaarste – van gebrek aan geld. Zij focussen zich op direct gebrek en verliezen de langere termijn en andere zaken die aandacht vergen uit het oog. Van een afstand bezien maken zij minder doordachte keuzes.²⁸ Keuzes die hen voor de wat langere termijn niet verder helpen. Het is een vorm van crisismanagement zonder echte oplossing. Vaak verergert het de problematiek en loopt de stress daardoor alleen maar verder op.

De hersenwetenschappen bieden nader inzicht in deze effecten van stress. Stress heeft positieve en negatieve kanten. Kortdurende stress levert op de korte termijn vaak veel op: mensen worden alerter en creatiever. Er wordt gepresteerd op de toppen van het kunnen. Echter als stress langdurig aanhoudt dan slaat het om in negatieve stress. Die stress maakt dat mensen slechter in staat zijn gezonde keuzes te maken. Langdurige stress zorgt ervoor dat mensen minder goed worden in het inzetten van hun executieve functies. En juist deze executieve functies hebben we nodig om op een financieel gezonde wijze met geld om te gaan. Executieve functies zijn van belang om activiteiten te plannen en aan te sturen. Deze functies maken dat we efficiënt, sociaal en doelgericht kunnen handelen. Executieve functies staan los van de intelligentie van een persoon. Iemand kan een hoog IQ hebben, maar laag ontwikkelde executieve functies. Er is geen algemeen geaccepteerde definitie of indeling van executieve functies, echter de gehanteerde begrippen en indelingen lijken sterk op elkaar. Er zijn grofweg vier soorten: impulsbeheersing, concentratie, flexibiliteit en prioriteiten stellen. Een bekende indeling is die van Margriet

28. A. Mani, S. Mullainathan, E. Shafir en J. Zhao, 'Poverty impedes cognitive function', *Science* 2013, 341 (6149), p. 976-98; N. Jungmann en P. Wesdorp, *Mobility Mentoring. Hoe inzichten uit de hersenwetenschap leiden tot een betere aanpak van armoede en schulden*, Den Haag: Platform 31 2017.

De impact van financiële problemen

Sitskorn: zij beschrijft twaalf cruciale executieve functies die we nodig hebben om het leven te leven:²⁹

- 1 aandacht kunnen richten, vasthouden, verdelen en loslaten;
- 2 emoties reguleren;
- 3 flexibel zijn als zaken veranderen;
- 4 onderdrukken van ongewenst gedrag;
- 5 activiteit opstarten;
- 6 zaken organiseren;
- 7 plannen;
- 8 zaken bijhouden (monitoren);
- 9 werkgeheugen gebruiken;
- 10 een reëel zelfbeeld vormen;
- 11 situaties en anderen inschatten;
- 12 het belang van anderen meewegen.

4.1 *Impact van executieve functies op financiën*

Het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (Nibud) heeft beschreven welke competenties een persoon moet hebben om financieel gezond te kunnen zijn. Het onderscheidt daarin vijf competentiegebieden, te weten: in kaart brengen; verantwoord besteden; vooruitkijken; bewust financiële producten kiezen; en over voldoende kennis beschikken.³⁰ Volgens het Nibud is iemand financieel competent als hij of zij invulling geeft aan deze vijf competentiegebieden. Het gebied 'in kaart brengen' gaat met name over de administratie, het bijhouden van de betalingen en weten wat erin en wat eruit gaat. 'Verantwoord besteden' betreft het doen van uitgaven en over bewust omgaan met geldzaken. Het gebied 'vooruit kijken' betreft de financiële beslissingen die worden genomen over de middellange en de lange termijn, en gaat ook om het opbouwen van een buffer voor toekomstige uitgaven. 'Bewust financiële producten kiezen' gaat om het type producten dat nodig is om op de korte en lange termijn rond te komen. Hierbij dienen consumenten niet alleen rekening te houden met de opbrengst van een product op de lange termijn, maar ook de gevolgen op de korte termijn. Bijvoorbeeld bij de keuze voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering is het van belang te bedenken wanneer deze moet uitkeren, maar ook of de maandtermijnen te betalen zijn. Tot slot het gebied 'over voldoende kennis beschikken', betreft de kennis die noodzakelijk is om de vorige gebieden te kunnen beheersen, maar ook weten welke informatie

29. M. Sitskorn, *'Ik2 De beste versie van jezelf. Ontwikkel je hersenen en bereik je doelen met het EFFECT-programma*, Deventer: Vakmedianet 2016.

30. Nibud, *Goed omgaan met geld. Achtergronden bij de competenties voor financiële zelfredzaamheid*, Utrecht: Nibud 2012.

belangrijk is en welke bronnen beschikbaar zijn. Zodra een persoon in de financiële problemen komt wordt het belangrijker om aan deze competentiegebieden te voldoen. Personen met lichte financiële problematiek zijn meer bezig met het competentiegebied verantwoord besteden en bewust financiële producten kiezen dan personen zonder financiële problemen.³¹ Zij moeten wel, want zij hebben geen ruimte meer om fouten te maken. Hierbij zijn goed ontwikkelde executieve functies een randvoorwaarde. Als die executieve functies niet goed zijn ontwikkeld is het risico groter dat een persoon in de financiële problemen terechtkomt. Hieronder is uitgewerkt welke risico's er zijn ten aanzien van iemands financiën als de voornoemde executieve functies (tijdelijk) niet beschikbaar zijn. Of als die überhaupt niet ontwikkeld zijn. Het gegeven dat iemand het gedrag vertoont zoals in de rechterkolom staat vermeld, kan een signaal zijn dat er sprake is van een verminderde beschikbaarheid of onderontwikkelde executieve functies. Het kan echter ook zo zijn dat iemand wel degelijk in staat is om gezond financieel gedrag te vertonen, maar dat niet doet omdat hij of zij dat niet belangrijk vindt of omdat hij slechts probeert het eigenbelang maximaal te dienen.

Figuur C: Risico's van beperkt beschikbare executieve functies bij de omgang met financiën

Executieve functie	Veelvoorkomend financieel gedrag bij gebrekkige ontwikkeling van deze functie
1 Aandacht kunnen richten, vasthouden, verdelen en loslaten	– Wel beginnen aan een aanvraag voor toeslagen maar die niet afmaken. – Blijven piekeren over een brief van een deurwaarder en als gevolg daarvan niet aan de slag gaan met andere brieven die ook opgepakt moeten worden om escalatie te voorkomen.
2 Emoties reguleren	– Uitvallen tegen een incassomedewerker aan de telefoon. – Uit boosheid de woningcorporatie niet bellen als ze daar in een brief om vragen.
3 Flexibel zijn als zaken veranderen	– Leefgeld berekenen, maar niet bijstellen als er een onverwachte boete op de mat valt. – Alle aandacht geven aan het corrigeren van het loonbeslag, maar daar zo door in beslag genomen zijn, dat andere schuldeisers niet worden benaderd.
4 Onderdrukken van ongewenst gedrag	– Als er een kind jarig is een groot feest geven zonder na te denken over de energierekening die betaald moet worden. – Bij een mooie aanbieding direct tot een aankoop overgaan, zonder het totale maandbudget in beschouwing te nemen.

31. T.E. Madern, *Op weg naar een schuldenvrij leven. Gezond gedrag noodzakelijk om financiële problemen te voorkomen*, Utrecht: Nibud 2015.

De impact van financiële problemen

Executieve functie	Veelvoorkomend financieel gedrag bij gebrekkige ontwikkeling van deze functie
5 Activiteit opstarten	– Uitstellen bijvoorbeeld met het invullen van het inkomsten-uitgavenformulier van de bank bij een hypotheekachterstand. En als ze daar dan toch de avond voor het gesprek mee starten erachter komen dat gegevens opgevraagd dienen te worden.
6 Zaken organiseren	– Post ligt op allerlei plekken, waarbij een willekeurig deel wel is opengemaakt en een ander deel niet. – Wel een afbetalingsregeling willen, maar niet in staat zijn om een haalbaar aflossingsbedrag te berekenen daardoor aan te hoge aflossingen committeren.
7 Plannen	– Aan het eind van elke maand in de stapel rekeningen kijken of een bedrag aansluit op het geld dat die maand over is voor afbetalingen. – Voorrang geven aan de betaling van een sportabonnement als het incassobureau dat die vordering in behandeling heeft telkens belt en als gevolg daarvan de energierekening verder laten oplopen.
8 Zaken bijhouden (monitoren)	– Geen idee hebben bij welke partijen er achterstanden zijn. – Niet controleren of bedragen werkelijk worden afgeschreven.
9 Werkgeheugen gebruiken	– Niet in staat zijn om zaken te onthouden, wel lezen van de brief waarin loonbeslag wordt aangekondigd, bedenken dat je moet bellen, maar er niet aan denken om te bellen.
10 Een reëel zelfbeeld vormen	– Beloven om bijvoorbeeld een overzicht van schulden te maken, maar geen idee hebben hoe dat moet. – Niet eens proberen om een toeslag aan te vragen omdat gedacht wordt dat dit wel te moeilijk zal zijn, ook al heeft een persoon de vaardigheden wel.
11 Situaties en anderen inschatten	– Niet in staat zijn om de ernst van de situatie in te schatten. Ervan uitgaan dat de situatie nog wel zelfstandig opgelost kan worden.
12 Het belang van anderen meewegen	– De huur wel op tijd kunnen betalen, maar dit nog niet doen en wachten op een toeslag, zodat andere uitgaven gedaan kunnen worden. Hierin de belangen van de woningbouwcorporatie niet meenemen.

Bron: N. Jungmann en T. Madern, 'Basisboek Aanpak Schulden', Groningen: Noordhoff Uitgevers 2017.

4.2 Door schulden ga je anders handelen

Executieve functies zijn dus cruciaal voor een gezonde omgang met geld en derhalve voor de kans op financiële problemen. Mensen worden niet geboren met executieve functies maar deze worden ontwikkeld door ze te oefenen. Er is

een groep die, door omstandigheden zoals een moeilijke jeugd, deze executieve functies nauwelijks ontwikkelt. Als iemand in de schulden komt doordat hij zijn executieve functies minder goed ontwikkeld heeft, dan is het oplossen van de schulden geen structurele oplossing. Want de onderontwikkelde executieve functies (niet goed kunnen plannen, monitoren en bijsturen) zullen eraan bijdragen dat hij opnieuw in de schulden komt. Werken aan het ontwikkelen van deze executieve functies is dan cruciaal. Dat is mogelijk, maar niet eenvoudig. Het ontwikkelen van executieve functies op latere leeftijd kan, maar vergt wel veel inspanning.

Het kan dus zijn dat de executieve functies niet ontwikkeld zijn. Er is echter ook een groep mensen die hun executieve functies wel voldoende hebben ontwikkeld, maar niet in staat zijn om deze op het juiste moment in te zetten. Bijna iedereen kan zich wel een situatie herinneren waarin hij minder goed in staat was om de aandacht erbij te houden. Dit soort situaties ontstaat onder meer als er ergens een tekort aan is. Bijvoorbeeld geld of tijd. Als er een tekort is, dan gaan onze hersenen zich daar automatisch, onweerstaanbaar en obsessief op focussen. Mensen die bezig zijn met een dieet ervaren een tekort aan eten en denken vaker aan eten dan mensen die niet op dieet zijn. Dit vindt plaats zonder dat deze persoon zich daarvan bewust zijn. Alle aandacht gaat naar datgene waar een tekort aan wordt ervaren.³² Dit proces van 'schaarste' treedt ook bij een gebrek aan financiële middelen. Deze schaarste is in grote mate functioneel, de aandacht gaat naar datgene wat belangrijk is en aandacht nodig heeft op dat moment. Er is echter ook een keerzijde, andere belangrijke zaken in het leven verdwijnen naar de achtergrond. Uit onderzoek blijkt dat huishoudens met een tekort aan geld gemiddeld minder aandacht besteden aan de opvoeding van hun kinderen, hun gezondheid, hun opleiding of werk. Het proces van schaarste maakt dat er een tunnelvisie ontstaat op datgene waar een gebrek aan is.

Schaarste wordt over het algemeen gekenmerkt door stress. Het niet hebben van geld of eten zorgt voor stress en zorgen. Als de schaarste langer tijd aanhoudt en daarmee de stress oploopt, krijgt de betrokkene te maken met langdurige tunnelvisie. Hierdoor gaan mensen anders handelen. Doordat de focus ligt op datgene waar een gebrek aan is, is er minder bandbreedte beschikbaar voor andere zaken. Mullainathan en Shafir, de professoren die schaarste als begrip hebben geïntroduceerd, gebruiken bandbreedte als een maatstaf voor de hoeveelheid bewerkingen die onze hersenen aankunnen, ons vermogen om

32. S. Mullainathan en E. Shafir, *Schaarste. Hoe gebrek aan tijd en geld ons gedrag bepalen*, Amsterdam: Maven Publishing 2013.

aandacht op te brengen, om goede beslissingen te nemen, om vast te houden aan onze plannen en om verleidingen te weerstaan.³² Bij een verminderde bandbreedte, zijn de executieve functies die wel zijn aangelegd in de hersenen minder beschikbaar. Dit maakt dat mensen die schaarste ervaren anders gaan handelen, immers de executieve functies zijn noodzakelijk om de meeste taken binnen ons leven te kunnen volbrengen.

Bandbreedte is bepalend voor twee processen die ons gedrag sturen: onze cognitieve capaciteit en onze executieve controle. Cognitieve capaciteit is ons vermogen om onder andere problemen op te lossen, informatie op te slaan, logisch te redeneren. Executieve controle is ons vermogen om onze cognitieve activiteiten, zoals problemen oplossen en informatie opslaan, te ordenen. Onder executieve controle vallen zaken als vooruit denken, iets in gang zetten of juist impulsen onderdrukken. Als beide beschikbaar zijn, kunnen we als er zich een probleem voordoet gaan werken aan een oplossing (cognitieve capaciteit), waarbij we de verleiding kunnen weerstaan om eerst iets anders te gaan doen (executieve controle).

Bij ervaren schaarste worden zowel onze cognitieve capaciteit als onze executieve controle kleiner. Met andere woorden, mensen die schaarste ervaren worden minder goed in problemen oplossen, informatie onthouden etc. en tegelijkertijd vinden zij het ook nog eens moeilijker om bij het oplossen van problemen te bepalen welke handelingen van belang zijn of bij het onthouden van informatie te bepalen wat belangrijk is om te onthouden. Schaarste beperkt dus de bandbreedte en als gevolg daarvan zowel onze cognitieve capaciteit als onze executieve controle.

Door schaarste gaan mensen meer bij de dag leven. De focus ligt op de korte termijn, bovendien neemt het beschikbare denkvermogen af en zijn mensen slechter in staat om weerstand te bieden aan verleidingen. Het bij de dag gaan leven, maakt dat mensen vooral beslissingen gaan nemen die op de korte termijn verstandig lijken, maar op de lange termijn vaak onverstandig zijn. Denk bijvoorbeeld aan het opzeggen van de aanvullende zorgverzekering. Dit bespaart enkele tientjes per maand, wat direct voordeel oplevert. Het lijkt verstandig op de korte termijn, echter vaak was die aanvullende verzekering in het verleden bewust afgesloten. Als er risico's zijn op aanvullende zorgkosten, dan kan het opzeggen juist leiden tot grotere uitgaven. Als er een medisch probleem ontstaat, dan moet er meer geld zelf worden bijgelegd. Op de langere termijn zorgt het dus juist voor extra uitgaven.

Een ander gevolg van schaarste en van het tekort aan bandbreedte is dat het beschikbare denkvermogen afneemt. In experimenten die Mullainathan en collega's hebben uitgevoerd bleek dat in perioden van schaarste mensen

gemiddeld zo'n 13 IQ lager scoorden op een IQ-test. Een van deze experimenten is uitgevoerd bij boeren in India. Daar zijn IQ-testen afgenomen bij boeren net nadat ze hadden geoogst en dus veel geld en voedsel tot hun beschikking hadden en op het moment vlak voor hun volgende oogst. Op dat moment ervoeren ze een tekort aan geld. Onder invloed van schaarste zijn mensen dus slechter in staat hun beschikbare denkvermogen in te zetten en nemen ze vaak ook minder doordachte beslissingen. Als de schaarste wordt opgeheven, dan vereren mensen (geleidelijk) weer terug naar hun 'standaard' IQ.

Door schaarste en de daarmee gepaard gaande gebrek aan bandbreedte en stress wordt het lastiger om ons gedrag te sturen. Doordat de executieve functies minder beschikbaar zijn, is het lastiger om emoties te reguleren en in te leven in anderen. Het gegeven dat mensen die schaarste ervaren meer moeite hebben om zichzelf te beheersen, kan in de context van financiële problematiek tot haast paradoxale situaties leiden. Wie winkelt in de supermarkt wordt verleid om allerlei dingen te kopen. Er is een mate van zelfbeheersing nodig om zorg te dragen dat er geen impulsaankopen worden gedaan. Staat deze zelfbeheersing onder druk dan zijn we gevoeliger dan anderen voor verleidingen. De kans wordt dus groter dat er niet-noodzakelijke aankopen worden gedaan. De paradox van armoede en schulden zit er in dat mensen die in die situatie verkeren, moeilijker hun gedrag kunnen sturen, daardoor vaker niet noodzakelijke of zelfs 'domme' aankopen doen en als gevolg daarvan zichzelf juist verder in problemen helpen. Bovendien hebben juist deze groepen het meer nodig dan anderen dat ze geen ongeplande uitgaven doen. Een grote groep Nederlanders kan zich best een impulsaankoop veroorloven, of een miskoop doen. Dat geldt niet voor de groep Nederlanders in schuldenproblematiek.

4.3 *Wie is vatbaar voor schaarste?*

Iedereen is vatbaar voor schaarste. Tegelijkertijd is het niet zo dat financiële problemen bij iedereen in gelijke mate het gedrag beïnvloeden. Voor dit gegeven zijn twee verklaringen. De uitgangssituatie is voor iedereen anders. Mensen verschillen in de mate waarin zij, onder normale omstandigheden, bandbreedte tot hun beschikking hebben. Dat geldt ook voor de executieve functies. Zoals eerder aangegeven ontwikkelen deze zich op jonge leeftijd. Als deze verder ontwikkelend zijn, is het eenvoudiger deze in te zetten. Een tweede verklaring ligt in de factor stress. De ervaring van stress is persoonlijk. Naarmate iemand meer stress heeft over een tekort, wordt het gedrag meer beïnvloed door het proces van schaarste. Degene die de meeste stress heeft als gevolg van de schulden, zal het meest in een tunnelvisie terechtkomen en daardoor het slechtst gaan functioneren. In deze context is schaarste dus tot op

zekere hoogte een subjectief fenomeen. De wijze waarop een situatie wordt ervaren, is medebepalend voor de mate van functioneren.

Het gegeven dat schaarste tot op zekere hoogte een subjectief fenomeen is, betekent niet dat het niet serieus genomen moet worden. De meeste mensen met grote financiële problemen hebben grote stress. Ze komen in een tunnelvisie terecht en gaan slechter functioneren. Als de schaarste wordt opgeheven dan krijgen mensen hun bandbreedte weer ter beschikking en gaan ze weer beter functioneren. Ze krijgen weer meer IQ ter beschikking, zijn beter in staat om hun gedrag te sturen (zelfbeheersing) en gaan minder bij de dag leven. Het wegnemen van de stress van schulden is bij de groep bij wie de executieve functies voldoende zijn ontwikkeld maar tijdelijk niet beschikbaar zijn door schaarste, dus een heel belangrijke sleutel bij de aanpak van schuldenproblematiek.

5. Wat is nodig?

In het voorgaande is besproken dat schulden zorgen voor onaangename niveaus van stress. In Nederland is er relatief weinig onderzoek naar coping-mechanismen bij stress. Carver, Schreier en Pozo onderscheiden twee basisvormen.³³ De eerste bestaat uit passief reageren, waarbij niet de veroorzaker van de stress – in dit geval schulden – maar de stress die dit oplevert wordt verlaagd. Vormen die daarbij horen zijn sporten, humor, kerkbezoek, je emoties de vrije loop laten, je erbij neerleggen en gebruik van alcohol en verdovende middelen of totale ontkenning van een probleem. Op korte tot middellange termijn kan dat verlichting brengen. De stressniveaus dalen. Daarnaast zijn er actieve vormen coping, waarbij de veroorzaker van de stress – de schulden zelf – worden aangepakt. Vormen die daarbij horen zijn advies en hulp zoeken bij anderen, het probleem analyseren en aanpakken, plannen en prioriteren. Deze actieve vormen van coping pakken het onderlinge probleem – de schulden zelf – aan. Vermindering van de schulden zelf leidt vervolgens tot het afnemen van de stress.

Voor zover bij ons bekend is er in Nederland geen groot onderzoek gedaan naar deze vormen van stress bij particulieren gerelateerd aan geldstress. Wel is er recent in Nederland gekeken hoe 899 ondernemers omgaan met stressvolle situaties. Het beeld dat ondernemers vooral actieve doeners zijn wordt door het

33. C.S. Carver, M.F. Scheier en C. Pozo, 'Conceptualizing the process of coping with health problems', in: S.D. Friedman (ed.), *Hostility, coping, and health*. Washington: APA 1992, p. 167-187.

onderzoek weersproken.³⁴ Bijna twee derde van de ondernemers geeft aan bij stressvolle situaties vooral passief te reageren. Zij proberen niet de oorzaak van de stress weg te nemen, maar de stress zelf te verminderen. Daarbij viel ook op dat ondernemers met uitstelgedrag (die derhalve zaken voor zich uitschuiven) veel hogere stressniveaus ervaren, dan ondernemers die dat niet doen. Bij ondernemers die hebben geaccepteerd dat zij niets aan de situatie kunnen veranderen – bij het onderzoek ging het om de verkoop van hun bedrijf – of afzien van verder handelen, werden flink lagere niveaus van stress gemeten. Berusting en acceptatie of het doorhakken van de knoop dat het onbegonnen werk is, leidt blijkbaar tot een aangenamer leven zonder dat dit de onderliggende problematiek oplost. Mogelijk komen dergelijke patronen ook voor bij schuldproblematiek en kunnen deze verklaren waarom mensen niet in actie komen.

Andere opvallende uitkomsten zijn dat het opleidingsniveau geen effect leek te hebben op de manier waarop ondernemers omgaan met hun problemen. Wel bleken vrouwen veel meer dan mannen zowel actief als passief om te gaan met ervaren problemen. Door beperkingen in de steekproef kon niet worden nagegaan of vrouwen hogere niveaus van stress ervaren, een mogelijke verklaring voor dit fenomeen.

Uit dit onderzoek bij ondernemers blijkt dat de handelingen die door de betrokkenen zelf in gang worden gezet in de meeste gevallen niet voldoen om het tij te keren. Voor particulieren is deze conclusie niet zo eenduidig te stellen. Er is bij ons geen Nederlands onderzoek bekend naar de coping-mechanismen bij financiële stress. Echter uit de beschikbare literatuur is wel af te leiden dat ook voor particulieren geldt dat zij er vaak zelf niet uitkomen. Zo blijkt uit onderzoek omtrent bezuinigingsstrategieën dat Nederlanders vaak niet systematisch aanpakken.³⁵ Dit in combinatie met de huidige samenleving waarin schulden snel stapelen en de effecten van schaarste en stress, maakt dat het vaak niet lukt om financiële problemen zonder hulp het hoofd te bieden. Alleen als er direct en adequate actie wordt ondernomen zijn mensen zelf in staat om financiële

34. E. Weesie, M. Brand, L. van Teeffelen en A. Groen, 'Validating Small Business Owners' Coping Strategies: A Quantitative Approach for Business Transfer Situations 2017', in: E. Weesie (ed.), *Psychological barriers in business transfers: how to cope with the transfer of sme ownership*. HU University of Applied Sciences, Utrecht, p. 111-141; E. Weesie, L. van Teeffelen, M. Brand en A. Groen, 'Factors Underlying Psychological Barriers to Business Transfers', in: E. Weesie (ed.), *Psychological barriers in business transfers: how to cope with the transfer of sme ownership*. Utrecht: HU University of Applied Sciences 2017, p. 79-109.

35. T.E. Madern, *Op weg naar een schuldenvrij leven. Gezond gedrag noodzakelijk om financiële problemen te voorkomen*, Utrecht: Nibud 2015.

problemen het hoofd te bieden. Dit vraagt echter veel motivatie en zelfregulatie van personen. In de meeste gevallen is ondersteuning dan ook noodzakelijk. Niet alleen in de preventieve sfeer, ook bij curatie. Op het moment dat er een regeling is getroffen, neemt de druk van schuldeisers af, de druk om geen nieuwe schulden te maken neemt echter toe. Bovendien moet er dan worden geleefd van een minimaal budget, dat vraagt rationele keuzes en juist dat kost veel energie, motivatie en zelfregulatie. Er is geen ruimte om steken te laten vallen.

5.1 Ondersteunen

Motivatatie van de betrokkene bij het oplossen van de problematiek is cruciaal, maar ondersteuning is onmisbaar. Hierbij geldt dat hoe eerder ondersteund kan worden, hoe meer problemen voorkomen kunnen worden. Ondersteuning in de vorm van kennis en het aanleren van vaardigheden zijn daarbij noodzakelijk, maar om mensen uit de schulden te begeleiden is meer nodig. Zoals eerder beschreven gaat er in Nederland steeds meer aandacht uit naar het gedrag van burgers en de manier waarop zij keuzes maken en acties ondernemen. Het is duidelijk dat dit belangrijk is, maar het onderzoek naar de gedragsaspecten is nog in een pril stadium. We weten nog niet bij wie welke capaciteiten ontbreken en wat de gevolgen daarvan zijn. Wat we wél weten is dat gezond financieel gedrag pas tot stand komt als minimaal wordt voldaan aan drie voorwaarden: weten, kunnen en handelen.³⁶ Om gezond financieel gedrag te vertonen is het van belang dat je weet wat je moet doen, dat je dat ook kunt en dat je het belangrijk genoeg vindt en in staat bent om financieel gezond te handelen. De figuur hieronder bevat het model van gezond financieel gedrag. Het model veronderstelt dat mensen gezond(er) financieel gedrag vertonen als zij:

- weten: financieel geletterd zijn;
- kunnen: beschikken over financiële vaardigheden;
- handelen: gemotiveerd zijn om het gewenste gedrag te vertonen én in staat zijn tot voldoende zelfregulatie.

36. N. Jungmann en T. Madern, *Duurzame verbetering van gezond financieel gedrag. Droom of werkelijkheid?*, Working Paper WRR nr. 23. Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid 2016.

Figuur D: Model van gezond financieel gedrag



Bron: T. Madern, 'Niet omdat het kan, maar omdat het moet. Het belang van schuldpreventie en vroegsignalering', Utrecht: Hogeschool Utrecht 2017.

Belangrijk om te benadrukken is dat 'motivatie' bij het 'handelen' vermeld staat. Dat betekent niet dat motivatie niet al eerder een rol speelt. Ook bij het aanleren van kennis zijn motivatie en vertrouwen in het eigen kunnen noodzakelijk. Zonder deze componenten zal het niet tot een handeling komen. Weten en kunnen is in de terminologie van de WRR het denkvermogen. Het doenvermogen wordt in dit model onder handelen geschaard.

Om gezond financieel gedrag te bevorderen bij mensen moet je aandacht besteden aan alle drie de voorwaarden (weten, kunnen en handelen). Een aantal jaar geleden is er een inventarisatie van alle verschillende schuldpreventieprojecten geweest. Wat opvalt is dat binnen die projecten vooral aandacht is voor de voorwaarden 'weten' en 'kunnen' en nauwelijks voor het 'handelen'.³⁶ Ook tijdens een schuldhulpverleningstraject, een Wsnp of een faillissement wordt hier nauwelijks aandacht aan besteed. Dit terwijl juist aandacht voor het handelen, de kans op succes en de omvang van de terugbetaling kan vergroten. De executieve functies staan immers onder druk, het aanleren van vaardigheden is dan al ingewikkeld, maar de uitvoering daarvan in het dagelijks leven zeker. Zoals in de vorige paragraaf beschreven zijn mensen in stress slechter in staat om de kennis en kunde die ze wel hebben in te zetten.

5.2 Motivatie

Aandacht hebben en ondersteunen bij het handelen klinkt eenvoudig maar dat is het juist niet. Op een correcte wijze handelen kan alleen als een persoon de juiste kennis en vaardigheden heeft. Dit is het startpunt. Voor handelen is ook motivatie nodig en zelfregulatie. En juist deze twee staan door schaarste onder druk. Allereerst de motivatiekant. Motivatie ontwikkelt zich cyclisch en varieert in de tijd, onder omstandigheden en in interactie tussen personen.³⁷ Motivatie is dus niet statisch en kan dus ook beïnvloed worden. Dit kan uiteraard positief, mensen raken meer gemotiveerd bijvoorbeeld door steun uit de omgeving, maar het kan ook negatief. Zo blijkt dat mensen met financiële problemen vaak in de beginfase, als de schulden net ontstaan, wel veel actie ondernemen om hun schulden aan te passen. Pas in een later stadium, als hun acties geen zin blijken te hebben en de schulden zich blijven opstapelen neemt de motivatie af en ontstaan de situaties waarin bijvoorbeeld de post niet meer wordt geopend.³⁸ Dit geldt ook voor een schuldhelpverleningstraject: een deel van de mensen begint zeer gemotiveerd, maar raakt tijdens het traject gedemotiveerd. Bijvoorbeeld doordat er onverwachte uitgaven zijn. Om de motivatie van mensen te kunnen duiden wordt vaak het model van Prochaska, Norcross en DiClemente gebruikt.³⁹ Dit model geeft nadrukkelijk weer dat motivatie kan variëren en laat bovendien zien dat terugval een reël gevaar is.

Het model kent de volgende zes fases:

1. Voorstadium. In eerste instantie ervaart een persoon niet dat hij een probleem heeft. Hij is niet gemotiveerd om het probleem aan te pakken. Dit kan bijvoorbeeld doordat iemand de schuld en ook de oplossing bij een ander neerlegt. Denk bijvoorbeeld aan de situatie van een echtscheiding.
2. Overwegen. De tweede stap is dat de persoon de voor- en nadelen van zijn situatie tegen elkaar afweegt en overweegt om zijn gedrag te gaan veranderen. De persoon heeft redenen om te veranderen, maar heeft ook redenen om het niet te doen. Hij is ambivalent.
3. Beslissen en voorbereiden. De persoon besluit zijn gedrag te gaan veranderen en maakt een plan hoe hij dat het beste kan aanpakken.

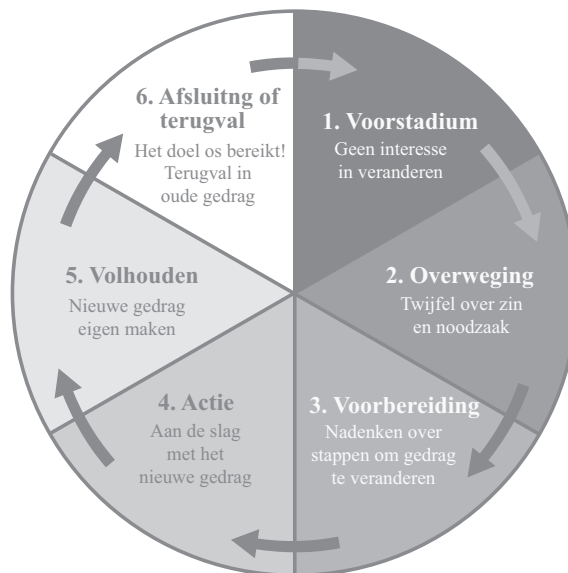
37. J.Y. Shah en W.L. Gardner (red.), *Handbook of motivation science*, New York: Guilford Press 2008.

38. T.E. Madern, *Op weg naar een schuldenvrij leven. Gezond gedrag noodzakelijk om financiële problemen te voorkomen*, Utrecht: Nibud 2015.

39. J.O. Prochaska, J.C. Norcross en C.C. DiClemente C.C., *Changing for good. A revolutionary six-stage program for overcoming bad habits and moving your life positively forward*, New York: HarperCollins Publisher 2007.

4. Uitvoeren. Hij vertoont het nieuwe gedrag, in dit geval is hij actief aan de slag om zijn schulden op te lossen.
5. Volhouden. Gaandeweg zijn er altijd tegenslagen in een proces, de persoon is in staat om hiermee om te gaan en blijft gemotiveerd. De kans bestaat bij deze fase dat de persoon niet de juiste strategieën heeft om de tegenslagen te verwerken en dat hij terugvalt.
6. Terugvallen. Hij valt terug in het oude gedrag en leert met vallen en opstaan.

Figuur E: Zes fasen van gedragsverandering



Bron: J.O. Prochaska, J.C. Norcross en C.C. DiClemente, *Changing for good. A revolutionary six-stage program for overcoming bad habits and moving your life positively forward*, New York: HarperCollins Publisher 2007.

Bij het ondersteunen van personen is het van belang te beseffen dat motivatie cyclisch is, en dat aandacht voor moeilijke momenten en het bedenken van strategieën om daarmee om te gaan cruciaal zijn. Als er van tevoren plannen zijn gemaakt en besproken is dat het moeilijk gaat worden, is de kans groter dat de persoon in staat is om de gewenste acties in te zetten op het moment dat het moeilijk wordt.

5.3 Zelfregulatie

Als een persoon gemotiveerd is, wil dat niet zeggen dat hij ook daadwerkelijk het gewenste gedrag laat zien. Of iemand werkelijk in staat is tot actie over te gaan is niet alleen afhankelijk van de motivatie, maar ook van de mate van zelfregulatie. Iemand kan wel willen, vaak ook starten, maar dat wil niet zeggen dat het ook altijd lukt. Zoals eerder beschreven kijkt de WRR expliciet naar het ‘doenvermogen’ van mensen. Hieronder vallen de vermogens om in actie te komen, vol te houden en om te kunnen gaan met verleidingen en tegenslag. Hierbij spelen zaken als zelfcontrole en de mate van stress een rol. Zelfcontrole is de mogelijkheid om je innerlijke reacties onder controle te houden, alsmede om ongewenste gedragspatroon te onderbreken.⁴⁰ Als een persoon weinig zelfcontrole heeft, dan is het verstandig om te kijken op welke manieren het beroep op de zelfcontrole kan worden ingeperkt. Het hebben van weekgeld is zo’n manier. Doordat er niet meer geld is, kan er niet meer worden uitgegeven. Van tevoren in kaart brengen wat verleidelijke momenten zijn en hoe je die kunt tegemoet treden is een andere strategie. Zelfregulatie gaat verder dan alleen zelfcontrole. Ook jezelf aanzetten tot actie valt hieronder. Het sturen van herinneringen kan daarbij helpen, of een uitgewerkt plan van aanpak met daarin deelstappen die gezet moeten worden en tijden daarbij is een andere wijze.

Voor de zelfregulatie is het van belang om de stress te verminderen. Het blijkt dat alleen het bespreekbaar maken dat stress veel met iemand doet en dat hij daardoor anders gaat handelen al kan ondersteunen. Het is van belang dat een persoon in stress zelf zicht krijgt op het patroon dat ontstaat als hij handelt uit stress en dat op de momenten dat het teveel wordt en het gevaar bestaat tot het nemen van irrationele beslissingen hij een moment neemt om zich te herpakken.

6. Tot slot

In dit artikel hebben we u meegenomen in de kennis rondom financieel gedrag, de invloed van stress en irrationeel handelen. We hebben vele onderwerpen kort aangestipt en hopen dat u een beter beeld heeft gekregen van de psychologische processen die een rol spelen. In de afgelopen paar jaar is er veel meer bekend geworden over de doorwerking van stress, in Nederland zijn er momenteel veel

40. D.T.D. de Ridder, G. Lensvelt-Mulders, C. Finkenauer, F.M. Stok en R.F. Baumeister, ‘Taking stock of self-control: a meta-analysis of how trait self-control relates to a wide range of behaviors’, *Personality and Social Psychology Review* 2012, 16(1), p. 76-99, doi:10.1177/1088868311418749.

verschillende onderzoeken op dit gebied. Zo wordt er in verschillende gemeenten geëxperimenteerd met stresssensitieve dienstverlening en loopt er een onderzoek waarin klanten bevraagd worden op de beleving van publieke dienstverlening. De eerste interviews leveren een beeld op waarin mensen beschrijven hoe stressvol het gebruik van publieke dienstverlening kan zijn. Deze beelden kunnen dienstverleners helpen om de stress die zij – soms onvermijdelijk – toevoegen zoveel mogelijk te reduceren. Armoede en schulden werken in veel gezinnen via de band van stress ontregelend door op diverse levensterreinen. Stresssensitieve dienstverlening is daarmee niet alleen een opgave voor schuldhulpverleners maar voor iedereen die met deze gezinnen in aanraking komt. Tot slot dan ook deze vraag aan u: wat kunt u doen om de stress te verminderen?

De actio pauliana en het menselijke tekort

M.A. BROEDERS¹

Doubt is not a pleasant condition, but certainty is an absurd one (Voltaire)

Het wetenschapsvereiste vormt in de praktijk de crux van de actio pauliana. Een leerstuk dat een centrale plaats heeft in de relatie tussen de curator, de failliet en derden. De Hoge Raad heeft recentelijk de norm voor het wetenschapsvereiste opnieuw bevestigd. Deze bijdrage gaat over de probleemstelling dat het wetenschapsvereiste niet alleen vanuit juridisch oogpunt problematisch is (want vaag), maar ook op gespannen voet staat met wat de cognitieve psychologie ons ondertussen heeft geleerd over judgement en decisions under uncertainty.

1. Inleiding

In een reflectie op de relatie tussen de curator en de failliet mag de actio pauliana niet ontbreken. Tegen diegenen die in het zicht van de insolventie andere schuldeisers benadelen en zodoende te kwader trouw handelen, dient te (kunnen) worden opgetreden.² In het spiegelbeeld, wanneer de schuldenaar met andere stakeholders te goeder trouw een reddingspoging onderneemt, geldt dat zij in beginsel van de actio pauliana verschoond dienen te blijven. Ook wanneer een reddingspoging onsuccesvol blijkt. In beide gevallen staat de geobjectiverde wetenschap van benadeling centraal. Dit vereiste is voor de actio pauliana vaak beslissend.

2. Vraagstelling

De faillissementspauliana wordt in de praktijk vanuit verschillend perspectief en ook op verschillende momenten gezien. Vanuit het perspectief van de curator, degene die de faillissementspauliana instelt, vanuit het perspectief van de schuldenaar die voor het faillissement een (benadelende) rechtshandeling verricht en vanuit het perspectief van de wederpartij van de schuldenaar bij

-
1. M.A. Broeders is advocaat bij Freshfields Amsterdam. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.
 2. De pauliana kan ook worden gezien als het vooruithalen van het fixatiebeginsel tot het moment waarop het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar is, waardoor het vermogen van de schuldenaar vanaf dat moment wordt bevroren. Vgl. R.M. Wibier, *Compendium Nederlands faillissementsrecht*, Deventer 2018, p. 191.

de voor faillissement verrichte (benadelende) rechtshandeling. In dit rijtje mag verder niet ontbreken het perspectief van bestuurders (en/of commissarissen). Wat zijn de gevolgen voor bestuurdersaansprakelijkheid voor een bestuurder die betrokken is bij een (paulianeuze) rechtshandeling? Wanneer is een bestuurder daar ex artikel 2:138/2:248 BW aansprakelijk voor? Wanneer treft een bestuurder een ernstig verwijt zodat deze op grond van artikel 2:9 BW dan wel op grond van artikel 6:162 BW voor de geleden schade aansprakelijk kan worden gehouden.³ Tot slot is er het perspectief van de rechter die over een door de curator ingestelde actie moet oordelen.⁴

In 2011 veroorloofde ik mij in het kader van het preadvies Insolventierecht voor de KNB een enkele bespiegeling over de rol van *hindsight bias* bij de vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid en de actio pauliana. Ik heb mijzelf toen de vraag gesteld in hoeverre wetenschap van de afloop van invloed is op de beoordeling van de feiten.⁵ De kernvraag waarbij ik hierna wil stilstaan is of en zo ja in hoeverre het oordeel over het wetenschapsvereiste wordt geraakt door het perspectief van een betrokken actor. De daarbij aanpalende vraag is hoe men vaststelt wat de actoren in een bepaalde situatie hadden moeten weten. Dit is eigenlijk een vraag naar of en in hoeverre het geobjectiveerde weten, zoals wij dat als juristen in voorkomende gevallen plegen te onderscheiden en ook in te vullen, menselijkerwijs de juiste maat is. Wat door een normaal op zijn of haar taak berekende persoon onder een gegeven set van omstandigheden – menselijkerwijs cognitief – niet geweten kan worden, kan men moeilijk (althans niet redelijkerwijs) als grens stellen voor wat *de iure* geobjectiveerd in een bepaalde situatie gekend had moeten worden.⁶ Doet men

3. Vgl. L. Lennarts, *Preventive Restructuring and Directors' Duties in the Twilight Zone: The Dutch Perspective*, Preadviezen/Report 2017, NVR II en NACIIL, Den Haag 2018, p. 24.
4. Wibier heeft er terecht op gewezen dat de curator een relatief gunstig uitgangspunt heeft. Hij of zij hoeft alleen maar vast te stellen dat er achteraf beschouwd daadwerkelijk sprake is van benadeling van schuldeisers. Dat is voor de betrokken partijen (en hun adviseurs) anders. Het zal voor hen vaak moeilijk en soms onmogelijk zijn om vooraf te voorspellen of er op een in de toekomst gelegen datum sprake zal zijn van benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. Vgl. R.M. Wibier, *Compendium Nederlands faillissementsrecht*, Deventer 2018, p. 197.
5. Vgl. Zie M.A. Broeders, *Notaris, Onderneming en Insolventie*, Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Den Haag 2011, p. 211. Met verwijzing naar onder andere R.W.M. Giard, 'Waarheidsvinding worstelen met wijsheid achteraf', *Expertise en Recht* 2009-2, p. 30. Zie ook A. van Hees, 'Pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid, een ongelukkig duo bij herstructurerings', *TvI* 2018/8. Alsook R.D. Vriesendorp, '[**]it happens; then and now', *TvI* 2017/23.
6. Zie hierover ook in deze bundel R.W.M. Giard, 'Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissementen is veel lastiger dan het lijkt'.

dat toch dan is er in feite geen sprake meer van een schuldaansprakelijkheid, maar van een risicoaansprakelijkheid.⁷

Een ander aspect dat bij dit laatste onderscheid relevant is, hangt samen met het perspectief van ex-postbeoordelaars. Voor de faillissementspauliana zijn dit de curator en de rechter. Indien het ex post-perspectief door de (ex post-)positie van de beoordelaars louter of in overwegende mate tot een voor de actoren negatief oordeel leidt, dan geldt dat ook in dat geval in feite sprake is van een risicoaansprakelijkheid, want de verwijtbaarheid van de actor is dan niet langer doorslaggevend.⁸ In feite is dan het ex post-perspectief in overwegende mate bepalend voor het oordeel over het handelen van de actor. Indien praktisch gesproken sprake is van een risicoaansprakelijkheid dan is dat niet zonder betekenis. Rechtssubjecten zullen op dat gegeven doorgaans hun gedrag aanpassen. De mogelijke gevolgen van een te makkelijk toewijsbare actio

7. Het volgende voorbeeld is ontleend aan R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding, Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2016, p. 129 e.v. Aanleiding is een medische aansprakelijkheidszaak waarbij door de Rechtbank Zwolle na een deskundigenbericht wordt geoordeeld dat sprake is van een diagnostische fout van een radioloog (ECLI:NL:RBZWO:2004:AO6195). De betrokken radioloog zou in het kader van bevolkingsonderzoek bij een deelnemster geen afwijkingen hebben gezien. Een half jaar later werd bij deze deelnemster borstkanker geconstateerd, waaraan zij vervolgens meer dan twee jaar later kwam te overlijden. In de zaak wordt vervolgens appel ingesteld, wordt een additionele deskundige aangesteld ter herbeoordeling van de foto's en vindt tevens een discussie plaats over de objectieve wijze van beoordeling van de foto's, waarover ook een deskundige aan het woord komt. Uiteindelijk wordt de zaak geschikt. De deskundige in eerste aanleg had in de foto's wel afwijkingen waargenomen, hetgeen tot het oordeel van de rechtbank in eerste aanleg leidde dat de radioloog een beroepsfout had gemaakt. De betrokken deskundige wist evenwel dat op de foto's die hij zou onderzoeken afwijkingen waren te vinden en waar deze waren te vinden. Naar aanleiding van de noot van Giard bij Hof Arnhem 17 januari 2006, *JA* 2006/37 (m.nt. Giard) wordt nadien een herbeoordeling van de foto's zonder voorkennis uitgevoerd. De herbeoordelaar met voorkennis kijkt anders naar de foto's dan de oorspronkelijke beoordelaar. Dan is er ruimte voor *hindsight bias* en *outcome bias*. Vgl. Giard, a.w., p. 136. Ik kom hierna nog op *biases* terug. Wat de casus duidelijk illustreert is dat doordat de feiten en de context niet goed zijn onderzocht er een onjuist oordeel tot stand komt. Belangrijkste onjuiste feit is de vaststelling dat de radioloog de afwijking zou hebben gemist. Uit beschikbaar empirisch onderzoek over bevolkingsonderzoek naar borstkanker, maar ook uit onderzoek over de beoordeling van röntgenfoto's volgt echter dat het in het geheel niet waarschijnlijk is dat de radioloog de afwijking heeft gemist, maar veel eerder dat de betrokken radioloog de afwijkingen normaal gesproken niet had waargenomen. Wat blijkt namelijk uit onderzoek, ik citeer "*het is inmiddels proefondervindelijk bewezen dat het al of niet blinderen verschil uitmaakt bij de herbeoordeling van mammografieën. Bij een set normaal beoordeelde mammografieën waarop achteraf wel afwijkingen te zien waren, werden zowel een geïnformeerde (= met voorwetenschap) als een geblindeerde herbeoordeling (= zonder voorwetenschap) met elkaar vergeleken. Zonder voorkennis van de afloop wordt het overgrote deel van de afwijkingen wederom niet herkend (Hofvind et al 2005; Durand et al 2014)*".

8. Zie R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, Deventer 2018, p. 468 met verwijzing naar onder andere Rachlinski.

pauliana die in de literatuur zijn onderkend, zijn een veronderstelde negatieve impact op kredietverlening en op reddingspogingen.⁹ De vorenstaande kwesties lijken mij van groot belang.¹⁰ Het zijn bovendien vragen die relevant zijn in verband met de door de Europese wetgever voorgestane *rescue culture*.¹¹ Ook de nationale wetgever heeft ondertussen met het ontwerp Wet Homologatie Onderhands Akkoord het initiatief voor een regeling genomen die reddingspogingen faciliteert om daarmee insolventies te voorkomen.¹²

3. De actio pauliana: wetenschap van benadeling

De Hoge Raad heeft zich sinds eind jaren negentig regelmatig moeten uitlaten over de vereisten voor toepassing van de actio pauliana. Uit de verschillende uitspraken vallen de volgende criteria te destilleren: (1) er dient sprake te zijn van een rechtshandeling; (2) die onverplicht is verricht; en (3) er dient sprake te zijn van benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. Daarbij komt dat sprake dient te zijn van wetenschap van benadeling bij de schuldenaar en bij rechtshandelingen om baat geldt dat die wetenschap ook aanwezig moet zijn bij de wederpartij van de schuldenaar.¹³ De actio pauliana vormt een

9. Wessels, *Insolventierecht III* 2013/3109 met onder andere verwijzing naar J.J. van Hees, in: *10 Jaar JOR. Alsnog geannoteerd*, Den Haag 2006, p. 148. Zie ook Van der Weijden, a.w. p. 6 en L. Lennarts, *Preventive Restructuring and Directors' Duties in the Twilight Zone: The Dutch Perspective*, Preadviezen/Report 2017, NVRII en NACIL, Den Haag 2018, p. 25.

10. Vgl. over deze problematiek ook A. van Hees, 'Pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid, een ongelukkig duo bij herstructureren', *TvI* 2018/8. Alsook R.D. Vriesendorp, a.w.

11. Vgl. Proposal for a directive of the European Parliament and the Council on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualification and measures to increase the efficiency of procedures concerning the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt and amending Directive (EU) 2017/1132, zoals vastgesteld op 11 oktober 2018 en met name recital 31 waarin wordt uiteengezet dat *interim financing* en *new financing* in verband met een rescue poging *should be exempt from avoidance actions* en waarin tevens staat dat: "*national insolvency laws providing for avoidance actions of interim and new financing or stipulating that new lenders may incur civil, administrative or criminal sanctions for extending credit to debtors in financial difficulties could jeopardize the availability of financing necessary for the successful negotiation and implementation of a restructuring plan*".

12. Vgl. www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/document/3068 en in het bijzonder artikel 42a van het ontwerp waarin is bepaald dat indien de schuldenaar voor de faillietverklaring een pandrecht of een hypotheekrecht heeft gevestigd strekkende tot zekerheid voor de nakoming van verplichtingen uit een nieuwe geldlening nodig voor betalingen voor voortzetting van de onderneming in het kader van de totstandkoming van een akkoord, wordt vermoed dat er behoudens tegenbewijs geen sprake is van wetenschap van benadeling.

13. In artikel 47 Fw, is de faillissementspauliana opgenomen voor verplichte rechtshandelingen. Deze actie laat ik hier verder buiten beschouwing.

uitwerking van het beginsel dat de verhouding tussen een schuldenaar en zijn schuldeisers, alsmede die tussen de schuldeisers onderling, wordt beheerst door de regels van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴ Ondertussen is het zo dat door de curator de actio pauliana zij aan zij met de onrechtmatige daad wordt ingezet.¹⁵ In dit verband dient ook *Van Dooren q.q./ABN AMRO I*, te worden genoemd, waarin de Hoge Raad het oordeel van het Hof bevestigde dat indien een rechtshandeling niet aantastbaar is op grond van artikel 42 Fw, de betrokken rechtshandeling slechts op grond van bijzondere omstandigheden onrechtmatig kan zijn.¹⁶ In feite gaat het bij de actio pauliana dus ook om de maatschappelijke betamelijkheid. Door Van Hees is de vraag opgeworpen in hoeverre de actio pauliana nog een zelfstandig bestaansrecht heeft.¹⁷ Als argument voor de actio pauliana als zelfstandige figuur noemt Van Hees dat een aparte wettelijke regeling de te betrachten zorgvuldigheid en in acht te nemen regels van redelijkheid en billijkheid nader kan omlijnen en aldus de rechtszekerheid dient. Daarnaast constateert Van Hees dat aan de bestaande bepalingen met betrekking tot de bewijslastverdeling bij de pauliana een praktische betekenis niet kan worden ontzegd. Het ligt in de rede dat een specifieke wettelijke regeling doorgaans meer bijzondere en meer precieze regels voor een bepaalde situatie zal geven en daarmee de rechtszekerheid ten goede zal komen. Het is de vraag of deze constatering ook voor de actio pauliana geldt?

Van der Weijden heeft recentelijk de actio pauliana aan een dogmatisch onderzoek onderworpen. De vraag die in zijn onderzoek centraal stond is of de regeling van de faillissementspauliana en de uitleg die daaraan door de Hoge

14. J.J. van Hees, *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer 1997, p. 568. Onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke artikel 42 Fw: “*Is bijgevolg een ieder, ook hij die schulden heeft, volkomen bevoegd naar goeddunken over zijn vermogen te beschikken en moet derhalve de toestand waarin de schuldenaar dat vermogen, krachtens dat beschikkingsrecht, heeft gebracht, door zijne schuldeisers bij executie op de meest volstreckte wijze geëerbiedigd worden, aan den anderen kant rust evenzeer op elken schuldenaar de plicht het onderpand zijner schuldeisers niet willens en wetens te hunnen nadeele te verminderen of weg te maken. Dit doende mag hij gezegd worden te kwader trouw te handelen. (...) Vandaar dat Pauliana steeds gericht is tegen den derde, die de vermogensbestanddeelen van den schuldenaar heeft ontvangen, maar dan ook alleen tegen den schuldigen derde, die tijdens zijne verwerving bekend was met het gebrek, dat der vervreemding aankleefde, bekend was met het feit dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeisers moedwillig benadeelde.*” Vgl. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, Serie Onderneming en Recht, deel 2-I, Zwolle 1994, p. 433.

15. Zie over deze overlap en het complementaire karakter van de actie uit onrechtmatige daad en de actio pauliana B.S.J.M. van Gangelen en Mr. G.H. Gispén, ‘Gebruik de onrechtmatige daad niet als de actio pauliana uitkomst biedt’, in: *Insolad Jaarboek 2015*, Deventer 2015, p. 127 e.v.

16. HR 16 juni 2001, *NJ* 2000/578, m.nt. P. van Schilfgaarde.

17. J.J. van Hees, a.w. p. 569.

Raad wordt gegeven, mede gelet op de door de wetgever bij de totstandkoming van de regeling geformuleerde uitgangspunten, nog voldoet als instrument ter bestrijding van onoorbare verhaalsbenadeling.¹⁸ Zijn conclusies laten zich voor zover hier relevant als volgt samenvatten: het criterium van wetenschap van benadeling uit *ABN AMRO/Van Dooren III*¹⁹ is volgens Van de Weijden niet (in alle) gevallen geschikt om vast te stellen of degene met of jegens wie de aangevochten rechtshandeling is verricht onoorbaar heeft gehandeld tegenover de schuldeisers van de schuldenaar. In het arrest *ABN AMRO/Van Dooren III* oordeelde de Hoge Raad dat sprake is van wetenschap van benadeling als ‘het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien’.²⁰ In de literatuur is overwegend kritisch gereageerd op het wetenschaps criterium van de Hoge Raad in *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*. Spinath heeft het criterium als te vaag aangeduid.²¹ Ook Faber heeft zich er kritisch over betoond.²² Van der Weijden heeft twee bezwaren tegen het criterium van de Hoge Raad. Wat betreft rechtshandelingen die *zelf* tot benadeling hebben geleid is zijn bezwaar dat het criterium te veel belang hecht aan de mate waarin het faillissement van de schuldenaar is te voorzien. Enerzijds meent Van der Weijden dat dit criterium te streng is (lees: een te hoge drempel vormt) doordat een wederpartij wel wetenschap kan hebben van de benadeling, maar niet van het naderende faillissement. Anderzijds meent van der Weijden dat de maatstaf te ruim is (lees: een te lage drempel vormt) doordat met de voorzienbaarheid van het faillissement en een tekort nog steeds niet de benadeling is gegeven. Ondertussen bepleit Van der Weijden dat bij de vaststelling in welke mate de benadeling voorzienbaar moet zijn geweest rekening moet worden gehouden met de aard van de rechtshandeling.²³ In de visie van Van der Weijden, die ook door Van Hees wordt onderschreven, geldt dat minder snel dient te worden aangenomen dat het faillissement en het tekort daarin redelijkerwijs voorzienbaar waren wanneer het bijvoorbeeld zou gaan om een rechtshandeling die erop was gericht om het bedrijf van de debiteur te

18. R.J. van der Weijden, *De Faillissementspauliana*, Deventer 2012, p. 235.

19. HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde: *JOR* 2011/19, m.nt. N.E.D. Faber.

20. R.J. van der Weijden, a.w. p. 241.

21. I. Spinath, ‘ABN AMRO/Van Dooren III, (Nog) geen happy end’, in: *Insolad Jaarboek 2010, De Insolvente vennootschap*, Deventer 2010, p. 141-142.

22. Vgl. N.E.D. Faber in zijn noot onder *ABN AMRO/Van Doorne III*. HR 22 december 2009, *JOR* 2011/19. Faber wijst er ook op dat door de Hoge Raad nauwelijks eisen worden gesteld aan het causale verband tussen de rechtshandelingen en het nadeel. Faber is dan ook van mening dat juist doordat geen strenge eisen aan het causaal verband worden gesteld, dat wil zeggen aan de vraag of de rechtshandeling tot benadeling heeft geleid, achteraf gezien rechtshandelingen eenvoudig als benadelend kunnen worden aangemerkt.

23. Vgl. R.J. van der Weijden in zijn noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, *JOR* 2017/244.

redden. In deze benadering vindt er in feite een toetsing van het handelen plaats aan de maatschappelijke zorgvuldigheid of goede trouw, die tot uitdrukking komt in het woord “redelijkerwijs”, waardoor tevens andere (maatschappelijke) belangen in de afweging kunnen worden betrokken.²⁴

Met het arrest *Jongepier q.q. /Drieakker* is een nieuwe loot aan de stam van de rechtspraak over de actio pauliana in faillissement toegevoegd.²⁵ In zijn arrest oordeelt de Hoge Raad: “*Van wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw is sprake indien ten tijde van de handeling het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.*” Daarmee bevestigt de Hoge Raad het wetenschaps criterium uit *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*.²⁶ In zijn conclusie bij *Jongepier q.q./Drieakker* wijdt A-G Timmerman een aantal overwegingen aan de toepassing van het wetenschapsvereiste.²⁷ “*Praktisch houdt het criterium naar mijn mening het volgende in. Beoordeeld dient te worden wat ten tijde van de ‘verdachte’ handeling het toekomst perspectief van de onderneming was. Indien kon worden voorzien dat de onderneming, ondanks een eventueel reddingsplan en eventueel nieuw krediet, waarschijnlijk failliet zou gaan, is sprake van wetenschap van benadeling. Indien daarentegen kon worden voorzien dat de onderneming waarschijnlijk niet failliet zou gaan maar er weer bovenop zou komen, is niet voldaan aan het vereiste van wetenschap van benadeling. Bij de genoemde beoordeling kunnen alleen feiten en omstandigheden een rol spelen die bekend waren of hadden kunnen zijn ten tijde van de handeling. Verder is van belang dat het gaat om een beoordeling naar objectieve maatstaven.*” In nr. 3.15 gaat het als volgt verder “*Het is belangrijk het door de Hoge Raad geformuleerde criterium, dat naar mijn mening de juiste balans vindt tussen de onder 3.10 omschreven belangen, secuur toe te passen. Zo is het mijns inziens niet juist om te zeggen dat een rechtshandeling alleen achterwege moet blijven in op voorhand kansloze gevallen. Zonder enige slagingskans zal een reddingspoging meestal niet zijn, maar daar gaat het niet om. Er zal als gezegd een beoordeling moeten worden gemaakt van het toekomst perspectief. Het moet naar objectieve maatstaven beoordeeld waarschijnlijk zijn dat de reddingspoging zal slagen. Deze benadering is dus (bezien vanuit het perspectief van de curator) te streng. Evenmin is juist dat aan het vereiste van wetenschap van benadeling al is voldaan als er sprake is van een bepaald faillissementsrisico. Dat is juist te soepel.*”

24. A. van Hees, Pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid, een ongelukkig duo bij herstructureren, *TvI* 2018/8.

25. HR 7 april 2017, *NJ* 2017/177. Vgl. r.o. 3.3.2.

26. HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde.

27. Vgl. nr. 3.13 tot en met 3.15 van de conclusie van A-G Timmerman.

Echt veel wijzer worden we naar mijn smaak niet van deze bespiegeling. Want wat betekent de term ‘*een redelijke mate van waarschijnlijkheid*’. In de literatuur wordt het ook niet concreter. Wessels biedt een overzicht van de discussie in de literatuur over de invulling van het criterium.²⁸ Bij kennisneming kan al snel de conclusie worden getrokken dat in de literatuur (zeer) verschillend over de invulling van dit kerncriterium wordt gedacht. De Weijs lijkt voldoende te achten dat er ‘een indicatie is van mogelijke insolventie’ of ‘in principe voor partijen tekenen van naderende insolventie van de schuldenaar dienen te zijn geweest’.²⁹ Van Galen meent op zijn beurt dat het erom moet gaan om vast te stellen dat de wederpartij van de schuldenaar zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid jegens de gezamenlijke medeschuldeisers heeft gedragen. Van Galen werpt dan ook de vraag op of de wetenschap van de schuldenaar nog een rol zou moeten vervullen.³⁰ Ondertussen lijken weinig schrijvers zich aan een kwantificering van de voorzienbaarheid te willen wagen. Bergervoet tracht in zijn noot bij *Jongepier q.q./ Drieakker c.s.* tot een nadere duiding te komen. Hij wijst er onder andere op dat volgens Giesen voor het vaststellen van een *condicio-sine-qua-nonverband*, een redelijke mate van waarschijnlijkheid aanwezig is bij een percentage van 75%. Ook Van Koppen heeft zich wel in percentages uitgedrukt.³¹ Wibier stelt voorop dat bij een bonafide reddingspoging met een reële kans van slagen over het algemeen geen sprake zal zijn van voorzienbaarheid als bedoeld in het arrest *ABN AMRO/Van Dooren III*. Een dergelijke reddingspoging zal immers, aldus Wibier, juist gericht zijn op het overleven van de onderneming en dus op het voortgaan met het betalen van de schuldeisers. Wel zal volgens Wibier een bank die bijvoorbeeld zekerheidsrechten heeft geaccepteerd in het kader van een dergelijke reddingspoging (en daarmee de eigen positie heeft verbeterd) eventueel moeten aantonen dat het faillissement niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid viel te voorzien op het moment van de transactie.³² Hier

28. Wessels, *Insolventierecht III* 2013/3103 e.v.

29. De Weijs, *WPNR* 2006/6686 en De Weijs, *WPNR* 2006/6686.

30. Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2000/4-5, p. 130.

31. F.P. van Koppen, ‘Zekerheidsrechten en faillissementspauliana’, *Insolad Jaarboek* 2001, p. 17.

32. Vgl. R.M. Wibier, *Compendium Nederlands faillissementsrecht*, Deventer 2018, p. 200. Wibier stelt verder nog dat (tegen)bewijs in voorkomende gevallen zal kunnen worden geleverd door het overleggen van het *businessplan* waaruit blijkt dat de reddingspoging ten minste een reële kans van slagen had, overigens zonder daarbij in te gaan op de vraag wanneer sprake zal zijn van een reële kans. Wibier merkt wel op dat eventuele discussies op dit punt zich zouden kunnen toespitsen op de vraag of de bank op basis van de ten tijde van het verrichten van de gewraakte rechtshandelingen beschikbare (financiële) informatie op redelijke gronden heeft kunnen concluderen dat het reddingsplan een reële kans van slagen had. Wibier meent tegen de achtergrond van vorenstaande opmerkingen dat het wetenschaps criterium uit *ABN AMRO/Van Dooren* wel bruikbaar is voor (de beoordeling van) reddingsoperaties.

ligt een link met de bestuurdersaansprakelijkheid. Een bestuurder is op grond van artikel 6:162 BW en 2:9 BW aansprakelijk indien sprake is van een ernstig verwijt. In het kader van de vaststelling van kennelijk onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:138/2:248 BW wordt in de literatuur aangenomen dat voor aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurders hadden moeten voorzien dat door hun taakuitoefening de crediteuren zouden worden benadeeld.³³ Lennarts heeft erop gewezen dat toepassing van de norm van *Jongepier q.q./Drieakker*, voor de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid, leidt tot rechtsonzekerheid omdat deze norm daarvoor te vaag is.³⁴ Voor de toepassing van de *Beklamel*-norm geldt dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid indien een bestuurder wist of behoorde te weten dat nieuwe verplichtingen niet kunnen worden nagekomen. Tot een dergelijk weten of behoren te weten kan niet worden geconcludeerd bij bijvoorbeeld een kans van 1 op 2. Beide uitkomsten zijn dan even waarschijnlijk. Er is ook dan dus nog een reële kans dat wel kan worden nagekomen. Ook Van Hees heeft recentelijk aandacht gevraagd voor het feit dat het ongelukkig is dat de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid en de norm voor de actio pauliana niet op elkaar aansluiten.³⁵

Het is op zijn minst opmerkelijk te noemen dat *in civilibus* de gehanteerde waarschijnlijkheidsuitspraken eigenlijk niet worden gekwantificeerd. Hoe kun je zonder een poging tot kwantificering van die termen nu komen tot een goed inzicht van wat nu eigenlijk wordt bedoeld. Het gaat bij de norm van de Hoge Raad toch uiteindelijk om kansen? Bij de waardering van forensisch bewijs wordt de laatste jaren steeds vaker gebruikgemaakt van een set verbale waarschijnlijkheidsuitspraken die gerelateerd zijn aan bepaalde kwantitatieve categorieën. Dat gebeurt overigens niet primair om enig houvast te bieden in die gevallen waarin men niet tot een kwantitatieve uitspraak kan komen, maar opmerkelijk genoeg juist ook voor de gevallen waarin men dat wel kan, waarbij de gedachte is dat kwantitatieve gegevens voor de jurist/gebruiker van de rapportage wellicht minder duidelijkheid geven dan verbale. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de NFI-vakbijlage waarschijnlijkheidstermen. Alhoewel die vakbijlage gaat over de bewijskracht van forensisch-technisch bewijs in de deskundigenrapportages van het NFI en in het bijzonder over de betekenis van daarbij gehanteerde, vaak in getallen uitgedrukte *likelihood ratio*'s, wordt in die

33. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood, *Van de NV en de BV*, Deventer 2017, p. 208. Daarnaast is vereist dat de onbehoorlijke taakvervulling ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

34. L. Lennarts, *Preventive Restructuring and Directors' Duties in the Twilight Zone: The Dutch Perspective*, Preadviezen/Report 2017, NVR II en NACIL, Den Haag 2018, p. 25.

35. A. van Hees, 'Pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid, een ongelukkig duo bij herstructureren', *TvI* 2018/8. Van Hees wijst er verder terecht op dat het bestuur in het kader van een reddingspoging zich naar meer belangen heeft te richten dan alleen het belang van schuldeisers.

bijlage ook een relatie gelegd tussen door het NFI gehanteerde kwantitatieve uitspraken en de daarmee te associëren verbale waarschijnlijkheidsuitspraken.³⁶ De toelichting op de door het NFI gehanteerde verbale termen biedt wat mij betreft een opmerkelijk inzicht in hoe breed de *in civilibus* gehanteerde normen mogelijk eigenlijk zijn.³⁷ Bij een ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’, of in NFI-termen ‘waarschijnlijker’ wordt het bewijs ten minste 10 tot 100 maal waarschijnlijker geacht dan het alternatieve scenario. Hoe groot dient de kans op het faillissement te zijn wil het wetenschaps criterium zijn vervuld? Die vraag laat de Hoge Raad onbeantwoord en ook de toelichting van Timmerman helpt ons op dit punt niet verder.³⁸ Pannevis heeft recentelijk ook aandacht besteed aan de beoordeling van reddingspogingen en de actio pauliana en daarbij het concept van de verwachtingswaarde geïntroduceerd in het kader van de beoordeling van reddingspogingen voor toepassing van de actio pauliana.³⁹ In een onzekere situatie bestaat de verwachtingswaarde uit de som van de verschillende mogelijkheden gewogen naar kans.⁴⁰ Zijn betoog komt er kort gezegd op neer dat indien de verwachtingswaardebenadering laat zien dat wanneer een rechtshandeling de collectieve verwachtingswaarde vergroot, deze rechtshandeling de toets van de actio pauliana zou moeten kunnen doorstaan. Daarbij geldt overigens dat ook in de benadering van Pannevis geen antwoord wordt gegeven op de vraag hoe groot de kans op het faillissement moet zijn wil

36. De *likelihood ratio* (of diagnostische waarde, de term die voor hetzelfde concept vooral in de geneeskunde, de epidemiologie en de psychologie wordt gebruikt) is het quotiënt van de waarschijnlijkheid van het bewijs (bijvoorbeeld een positieve testuitslag) bij de ene hypothese, (bijvoorbeeld HIV-besmetting) en de waarschijnlijkheid van hetzelfde bewijs bij de alternatieve hypothese (geen HIV-besmetting) en is een maat voor het gewicht van het bewijs.

37. Ontleend aan NFI-Vakbijlage waarschijnlijkheidstermen, versie 21 oktober 2014. Tabel 2. Numerieke definitie van waarschijnlijkheidstermen NFI:

Verbale term	Orde grootte bewijskracht
ongeveer even waarschijnlijk	1-2
Waarschijnlijker	10-100
veel waarschijnlijker	100-10.000
zeer veel waarschijnlijker	10.000-1.000.000
Extreem veel waarschijnlijker	> 1.000.000

38. Zie ook Bergervoet in zijn noot onder HR 7 april 2017, *JOR* 2017/213, die overigens meent dat Timmerman zich in zijn toelichting, doordat deze term ‘waarschijnlijk’ hanteert, van een nuancering bedient.
39. N.B. Pannevis, ‘Een rationele benadering van kansen en uitkomsten bij reddingspogingen’, *TvI* 2017/37, p. 219.
40. In wezen bedient Pannevis zich van een techniek die afkomstig is uit de decision analysis.

er sprake zijn van wetenschap van benadeling. De benadering van Pannevis heeft wel als een belangrijk voordeel dat deze concreet maakt wanneer het aangaan van de rechtshandeling rationeel moet worden geacht. En, zo vul ik aan, mitsdien niet in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid of goede trouw moet worden geacht en dus ook niet door een actio pauliana zou moeten kunnen worden aangetast.

4. Het menselijk tekort

Uit cognitief psychologisch onderzoek blijkt dat bij het nemen van beslissingen bij mensen een aantal automatische processen plaatsvindt, zogenaamde heuristieken, die ertoe leiden dat onjuiste beslissingen worden genomen. Sinds de jaren zeventig is de kennis hierover belangrijk toegenomen en is duidelijk geworden dat de werking van heuristieken moeilijk kan worden overschat. Onder andere de economische wetenschap is er naar aanleiding van deze inzichten toe gedwongen een aantal belangrijke uitgangspunten van het economisch denken kritisch te herwaarderden. Zoals bijvoorbeeld de aanname dat markten rationeel en efficiënt zijn en dat een goed geïnformeerd persoon bij het nemen van investeringsbeslissingen rationeel zal handelen en een beslissing zal nemen met de beste financiële uitkomst.⁴¹ Er is in de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur een beperkte, maar toenemende aandacht voor deze (nieuwe) kennis en wat deze voor de rechtstoepassing met zich moet brengen. Recentelijk is door Vriesendorp en Strohmaier in een bundel vanwege de Vereniging voor Corporate Litigation aan de hand van een klein empirisch experiment aandacht geschonken aan het rechterlijk (voor)oordeel in verband met de actio pauliana.⁴² In dezelfde bundel staat Timmerman ook (kort) stil bij het arrest *Jongepier q.q./Rabobank* en de invulling van het vereiste van wetenschap van benadeling in verband met wat door Timmerman wordt aangeduid als de problematiek van de *hindsight bias*. Timmerman concludeert in zijn bijdrage dat bij rechtsvragen doorgaans uiteenlopende factoren een rol spelen, waarvan de problematiek van *hindsight bias* er in zijn visie een is. Daarbij werpt Timmerman de – naar het lijkt retorische – vraag op of de *hindsight-bias* problematiek daarbij altijd en bij voorbaat het zwaarste moet wegen. Timmerman lijkt aldus te suggereren dat dat niet zo moet zijn, overigens

41. Deze inzichten hebben ondertussen in de economie tot een geheel nieuw wetenschapsveld geleid, de zogenaamde *behavioural economics*. Dit wetenschapsgebied was in 2002 (Daniel Kahneman), 2013 (Robert J. Shiller) en 2017 (Richard Thaler) goed voor 3 Nobelprijzen in de economie.

42. R.D. Vriesendorp en N. Strohmaier, *Rechterlijk (voor)oordeel*, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate litigation, 2017-2018, Deventer 2018, p. 498.

zonder daarbij inzichtelijk te maken waarom hij deze keuze maakt (anders dan door zijn constatering dat er bij rechtsvragen uitlopende factoren een rol spelen).⁴³ Tot voor kort werd in de rechtswetenschappelijke literatuur over de faillissementspauliana geen aandacht gevraagd voor het proces van oordeelsvorming dat ieder van de partijen in de hiervoor door mij genoemde perspectieven doorloopt in verband met een rechtshandeling die na datum faillissement voorwerp wordt van een actio pauliana. Die oordeelsvorming ziet op de beslissing van de schuldenaar (en de betrokken bestuurders) om voorafgaand aan het faillissement een rechtshandeling te verrichten, alsook op de oordeelsvorming van de wederpartij van de latere failliet. Beiden zullen een inschatting moeten maken van de levensvatbaarheid van de onderneming. Zij zullen de goede en kwade kansen van het slagen van een reddingspoging vooraf moeten inschatten. Voor de curator en de rechter geldt dat ook zij zich een oordeel zullen dienen te vormen over de levensvatbaarheid en de slagingskansen van een reddingspoging. Met als belangrijk verschil dat zij dit pas achteraf hoeven te doen, als het faillissement is ingetreden.

In de buitenlandse en met name Amerikaanse rechtswetenschappelijke literatuur is er recentelijk meer aandacht voor de relevantie van deze nieuwe kennis voor rechters en advocaten. Ook is in de Verenigde Staten empirisch onderzoek gedaan naar de impact van heuristieken op de besluitvorming door specialisten⁴⁴ en ook meer specifiek naar de besluitvorming door generalistische en specialistische rechters.⁴⁵ Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie, Andrew J. Wistrich, hebben empirisch onderzoek gedaan naar de invloed van vijf verschillende psychologische verschijnselen bij gespecialiseerde Amerikaanse faillissementsrechters⁴⁶ namelijk *anchoring*, *framing*, *omission bias*,

43. Er zijn namelijk wel casus waarbij de *hindsight bias* aantoonbaar wel doorslaggevend is voor het ex post oordeel over de situatie, waarbij dan als gevolg tot een onjuist juridisch oordeel over de situatie wordt gekomen. Namelijk als er wel aansprakelijkheid wordt vastgesteld omdat men verwijtbaarheid aanneemt ten gevolge van een bias, terwijl er op basis van een juiste vaststelling en weging van de feiten geen aansprakelijkheid had moeten worden vastgesteld.

44. J.J. Rachlinski, C. Guthrie, A.J. Wistrich, 'Inside the Bankruptcy judge's mind', *Boston University Law Review* 2006, Vol 86, p. 1227. Voor hun artikel baseren de auteurs zich op een vragenlijst die is voorgelegd aan 113 Amerikaanse federale faillissementsrechters die voor periodes van veertien jaar worden benoemd en op basis van merits worden geselecteerd. Na ommekomst van een benoemingstermijn volgt meestal verlenging. Amerikaanse faillissementsrechters beslissen ook over burgerrechtelijke geschillen voor zover deze met faillissementsrecht samenhangen.

45. C. Guthrie, J.J. Rachlinski en A.J. Wistrich, 'Inside the Judicial Mind', 86, *Cornell L. Rev.* 2001, 777, p. 829 en J.J. Rachlinski, C. Guthrie en A.J. Wistrich, 'Inside the Bankruptcy judge's mind', *Boston University Law Review* 2006, Vol 86, p. 1227.

46. J.J. Rachlinski, C. Guthrie en A.J. Wistrich, 'Inside the Bankruptcy judge's mind', 2006, Vol 86, p. 1227, p. 1232.

debtor apology, and terror management/mortality salience. De *debtor apology*, een verontschuldiging van de dader/debiteur voor zijn handelen, laat ik hier buiten beschouwing. Datzelfde doe ik met de impact van *terror management/mortality salience*, waarbij het kort gezegd gaat over de impact van de eigen sterfelijkheid en/of de confrontatie met een traumatische gebeurtenis op de eigen oordeelsvorming. Ik wil hierna in het bijzonder stilstaan bij *anchoring* en *framing*. Wanneer mensen een schatting moeten maken treedt *anchoring* op. Dit automatische proces komt erop neer dat mensen bij een schatting zich doorgaans baseren op het eerste beschikbare referentiepunt voor hun oordeel. Bijvoorbeeld wanneer iemand een auto moet waarderen in het kader van een voorgenomen aankoop zal deze persoon na raadpleging van bijvoorbeeld Autotrader voor een bod op een auto doorgaans aansluiting zoeken bij de waardes van datzelfde type auto met grofweg dezelfde specificatie zoals weergegeven op Autotrader. Dit is een concreet voorbeeld van *anchoring* waarbij dat een nuttige shortcut is om tot een zinvolle waarde inschatting te komen van de auto waarvan de aanschaf wordt overwogen. *Anchoring* kan ook onbewust optreden, waarbij volstrekt irrelevante informatie vervolgens als referentiepunt wordt gebruikt. Empirisch onderzoek heeft daarvan bijvoorbeeld de volgende voorbeelden opgeleverd. Studenten werd in het kader van het onderzoek gevraagd het getal 400 bij de laatste drie cijfers van hun telefoonnummer op te tellen en hen werd daarop gevraagd om de vraag te beantwoorden wanneer Atilla the Hun in Europe werd verslagen. Naarmate de studenten bij de eerder uitgevoerde optelsom tot een hoger getal waren gekomen, vertoonden ze bij het antwoord op de gestelde vraag naar het jaartal van Atilla's nederlaag een inclinatie naar hogere jaartallen. Een ander voorbeeld is dat wanneer voorafgaande aan een procedure gedurende schikkingsonderhandelingen een exorbitant hoge schadevergoeding was gevorderd deze vordering van invloed bleek op het oordeel van de rechter over schadevergoeding. Eenzelfde conclusie werd getrokken op grond van onderzoek naar een casus die aan Amerikaanse faillissementsrechters werd voorgelegd, waarin deze rechters een nieuw rentepercentage op een lening dienden vast te stellen gebaseerd op het *default* risico van de debiteur na het doorlopen van een reorganisatieprocedure. Daarbij is relevant dat het oorspronkelijke rentepercentage dat gold voorafgaande aan de insolventieprocedure juridisch buiten beschouwing dient te worden gelaten. Rechtens is uitsluitend het default risico van de schuldenaar na het doorlopen van de reorganisatieprocedure van belang. In het kader van het onderzoek waren de betrokken rechters opgesplitst in twee groepen. Een (controle)groep waarvoor gold dat deze het oorspronkelijke rentepercentage op de lening van 21% niet kende en de andere groep, waarin het percentage wel deel uitmaakte van de verstrekte informatie. De groep rechters die het oorspronkelijke percentage niet kende stelde een lagere rente vast dan de groep rechters die waren geïnformeerd

over het oorspronkelijke percentage van 21%. Dit hogere, bekende percentage van 21% fungeerde voor hen dus als *anchor*. De auteurs van dit onderzoek concludeerden dan ook dat *anchoring* een relevant proces is bij rechterlijke oordeelsvorming, ook bij gespecialiseerde rechters. Hierbij is bovendien relevant dat de betrokken rechters bij hun oordeel over de voorgelegde casus nog eens specifiek op de rechtsregel waren gewezen dat het oorspronkelijke rentepercentage op de lening niet relevant is voor het na de faillissementsprocedure opnieuw vast te stellen rentepercentage op de geherstructureerde lening.⁴⁷

Framing is een ander automatisch proces van ons brein ofwel heuristiek die voor de oordeelsvorming over de actio pauliana van belang lijkt. Mensen gaan anders om met beslissingen waarbij het gaat om de mogelijkheid om iets te winnen ten opzichte van de status quo dan met beslissingen waarbij het gaat om de mogelijkheid dat er een verlies optreedt ten opzichte van de status quo.⁴⁸ Het volgende citaat is ontleend aan het hiervoor bedoelde Amerikaans onderzoek naar de oordeelsvorming door faillissementsrechters: “*Bankruptcy judges constantly make decisions involving risk. One of the more common decisions they make is whether to liquidate a business or allow it to continue to operate. For the creditors this decision can be characterized as involving either gains or losses. The decision can appear to involve gains in that the creditors are certain to recover some of their money if the business is liquidated; if the business is not liquidated, there is some prospect that the creditors will recover more in the future. The decision can appear to involve losses in that the creditors lose some of the money they were owed if the business is liquidated; if the business is not liquidated, there is some prospect that they will lose less in the future. Because this gamble primarily affects parties rather than the judge, one might think that the judge would be unaffected by the decision frame. Nevertheless, as described above, we have found that generalist judges can be influenced by the frame in civil litigation, even when their own interests are not at stake.*”⁴⁹ In het kader van het onderzoek werden de betrokken specialistische faillissementsrechters wederom in twee groepen onderverdeeld waarbij de ene groep een casus werd voorgelegd die werd gepresenteerd als een keuze met een verwachte winst-

47. Jeffrey J. Rachlinski, Chris Guthrie, Andrew J. Wistrich, *Inside the Bankruptcy judge's mind*, Boston University Law Review, Vol 86, 2006/1227, p. 1236.

48. D. Kahneman en A. Tversky, ‘Choices, Values, and Frames’, 39 *AM Psychologist*, 1984, 341, p. 342-44. A. Tversky en D. Kahneman, ‘Rational Choice and the Framing of Decisions’, 59 *J. Bus. S251* 1986, p. 257-60.

49. J.J. Rachlinski, C. Guthrie en A.J. Wistrich, ‘Inside the Bankruptcy judge's mind’, *Boston University Law Review* 2006, Vol 86, p. 1227, p. 1238.

mogelijkheid (*gain frame*) en de andere groep dezelfde casus kreeg voorgelegd waarbij die juist werd gepresenteerd als een keuze met een mogelijk verlies (*loss frame*) als uitkomst. In financiële zin was het resultaat van beide keuzes overigens gelijk.⁵⁰ De uitkomst van dit onderzoek was dat ook de gespecialiseerde rechters door framing worden beïnvloed: Meer rechters bleken bereid de aan een optie verbonden risico's te accepteren, wanneer geconfronteerd met een keuze tussen een risico op verlies voor de ongesecureerde schuld vs. een kans op verhaal van ongesecureerde schuld.⁵¹ Niets menselijks lijkt de rechters uit dit onderzoek dus vreemd.

Hermans heeft in zijn dissertatie over het oorzakenonderzoek in de enquêteprocedure bij mijn weten voor het eerst voor het ondernemingsrecht in het kader van het oorzakenonderzoek bij de enquêteprocedure uitvoeriger aandacht voor een andere bias gevraagd, namelijk de *hindsight bias*.⁵² Giard, heeft dit eerder in bredere zin gedaan in het kader van het civiele proces gericht op de vaststelling van aansprakelijkheid en is daarbij ook ingegaan op relevante kennistheoretische aspecten voor de civiele aansprakelijkheidsprocedure.⁵³ Giard noemt de volgende *biases*:⁵⁴

- 1) De *confirmation bias*: bevestigingsbias; er wordt selectief gezocht naar de informatie die de vooropgestelde verklaring van de onderzoeker zal bevestigen.

50. Voor de rechters in de 'gain'-conditie werden de opties als volgt beschreven: "If you select Plan A, \$200,000 of the unsecured debt will be paid for sure. If you select Plan B, there is a 1/3 probability that all of the unsecured debt will be paid and a 2/3 chance that none of it will be paid. For these judges, then both plans offer the prospect of recovering a gain. For judges in the loss condition, the plans appear to offer the prospect of losses. If you select Plan A, \$ 400,000 of the unsecured debt will remain unpaid for sure. If you select Plan B, there is a 1/3 probability that none of the unsecured debt will remain unpaid and a 2/3 probability that all of the unsecured debt will remain unpaid. Note that all of these plans have the same expected value of \$200,000. In each version, the only difference between the two options lies in the risk they present, thereby giving the judges little reason to choose one plan over the other. Furthermore, in both conditions, the judges chose between the certain outcome that the first plan presents and the risky option that the second plan presents. Hence, other than the characterization of the plans as involving gains or losses, the judges had no reason to make different choices."

51. Het verschil bleek statische relevant. 91,8% (45 uit 49) rechters gaven de voorkeur aan een gainframeplan waarbij verlies werd vermeden vs. 73.3% (44 uit 60) die voorkeur gaven aan een lossframeplan waarbij een kans op verhaal bestond. Daarbij gold dus dat economisch gezien de waarde van beide plannen in feite gelijk was.

52. R.M. Hermans, Deventer 2018, p. 465 e.v.

53. R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding, Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2016.

54. Biases laten zich het beste omschrijven als intuïtieve vooringenomenheden. Vgl. R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding, Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2016, p. 82 met verwijzing naar Kahneman 2011 (*Thinking Fast and Slow*).

- 2) De *self serving bias*: ambigue informatie wordt zodanig uitgelegd dat dit het beste past bij de eigen overtuiging.
- 3) De *presence bias*: verwant met de bevestigingsbias; impliceert dat men alleen oog heeft voor de aanwezige c.q. zichtbare kwesties als argumenten en zich onvoldoende afvraagt wat er niet direct zicht- of kenbaar is, maar wel relevant voor het oordeel – onwetendheid.
- 4) De *conjunction fallacy*: het causaal met elkaar verbinden van twee gebeurtenissen die onafhankelijk van elkaar zijn.
- 5) De *outcome bias*: de neiging om een beslissing of een handeling op grond van de uitkomst te beoordelen.
- 6) De *motivational bias*: procespartijen hebben elk hun eigenbelangen, doelstellingen en motieven en die zijn op hun beurt weer van invloed op het verzamelen, filteren, organiseren, interpreteren, presenteren en beoordelen van informatie.
- 7) De *hindsight bias*: de neiging om gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden voorspelbaarder voor te stellen dan ze in werkelijkheid zijn (ook aangeduid als ‘I-knew-it-all-alongeffect’).⁵⁵

Met name de *hindsight bias* is bij ex post-oordeelsvorming over een gebeurtenis van belang. Hermans heeft er terecht ook op gewezen dat beslissingen onder invloed van *hindsight bias* vrijwel altijd in het nadeel van de verwerende partij uitvallen. Met als belangrijkste reden dat alleen het gedrag van de personen die handelen aan de orde is. Degene die de handeling ter discussie stelt, bijvoorbeeld de curator (en datzelfde geldt ook voor de oordelende rechter) zijn in de regel niet betrokken geweest bij het handelen dat ter discussie staat.⁵⁶ Voor het ontstaan van *hindsight bias* is relevant dat hoe meer feiten worden geïntegreerd in een verklaring van de uitkomst des te onvermijdelijker de uitkomst lijkt te zijn. Juist oordelen over wetenschap zijn vatbaar voor *hindsight bias*.⁵⁷ Ook Vranken wijst op het risico van wijsheid achteraf.⁵⁸ Vranken onderkent daarbij

55. Zie R.M. Hermans, a.w., Deventer 2018, p. 473 en 474 voor een uitgebreidere toelichting op de theorieën over de oorzaken van het ontstaan van *hindsight bias*.

56. R.M. Hermans, a.w., Deventer 2018, p. 467.

57. Vgl. R.M. Hermans, a.w., Deventer 2018, p. 475: “Wanneer een beoordelaar moet beoordelen wat de handelende partij wist of behoorde te weten, is er een aanzienlijk risico dat zijn oordeel door *hindsight bias* wordt beïnvloed. De reden hiervoor is de volgende. De beoordelaar moet bij deze toets het handelen van de partij beoordelen (heeft zij mogen handelen zoals zij heeft gedaan); niet de gevolgen van haar handelen. Helaas beoordelen mensen handelen altijd op basis van de gevolgen die het handelen heeft gehad: een toepassing van de heuristische dat een ongunstige uitkomst het gevolg is van een slechte beslissing.”

58. Asser Vranken *Algemeen deel* **** 2014/82.

twee problemen. Namelijk ten eerste dat rampen vaak het gevolg zijn van een samenloop van omstandigheden die toevallig geschakeld zijn in een lijn die verkeerd afloopt. De tweede factor is dat de rechter in de processtukken een schets van een situatie uit het verleden krijgt voorgeschiedt die sterk inzoomt op de factoren die mis zijn gegaan. Voor partijen is het van groot belang om de aandacht te vestigen op de voor hen meest gunstige of meest sprekende factoren. Het kan (zal) tot een vertekening leiden, tot een uitvergroting van een of enkele factoren die voor het ongeval niet zichtbaar hoefde(n) te zijn. Aldus Vranken. In dit verband zijn in de literatuur ook de volgende onjuiste denkmechanismen geïdentificeerd. Ten eerste de zogenaamde fundamentele attributiefout. Dit betreft de intuïtieve zekerheid van de slachtoffers van een groot onheil over wie verantwoordelijk zijn voor het onheil of de fout. Daarbij geldt dat uit onderzoek blijkt dat hoe groter het onheil, des te sterker het effect van dit mechanisme is.⁵⁹ Daarnaast wordt ook nog de *counterfactual fallacy* (contrafeitelijke denkfout) onderscheiden. De onheilsgebeurtenis wordt in de gedachten van de diegenen die daarvan de nadelige gevolgen ondervinden geconstrueerd en tot een consistent verhaal gemaakt, waarbij meestal al vroeg in de reeks van feiten die tot de gebeurtenis hebben geleid een moment wordt vastgesteld dat bepalend is voor de feitelijke afloop.⁶⁰

5. Conclusie: het menselijk tekort en het wetenschapsvereiste van de actio pauliana

Juristen zijn experts, getraind in de toepassing van rechtsnormen, (maar (helaas)) niet in het vaststellen van feiten. Insolad-leden zijn bij uitstek in het faillissementsrecht gespecialiseerd. Wat betekent specialisatie voor het beoordelingsvermogen? Het empirisch bewijs dat experts betere beslissingen nemen dan generalisten of leken is diffuus.⁶¹ Is er tegen heuristieken en *biases* niets te doen? Het antwoord is nee en ja. Nee, want beiden zijn een *fact of life* en de impact van beide voor het (civiele) recht kan op dit moment moeilijk worden onderschat. In tegenstelling tot het strafrecht waar men door schade en schande wat wijzer en voorzichtiger is geworden ten aanzien van de vaststelling van

59. R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding, Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2016, p. 33.

60. R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding, Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2016, p. 34-36.

61. J.J. Rachlinski, C. Guthrie en A.J. Wistrich, 'Inside the bankruptcy judge's mind', *Boston University Law Review* 2006, Vol. 86, p. 1227, met verwijzing naar verder empirisch onderzoek over 'expert decision making' door artsen, makelaars, psychologen, accountants, advocaten en rechters.

feiten en de waardering van bewijs, moet de discussie over de betekenis van cognitieve beperkingen – of zo men wil het menselijk tekort – *in civilibus* nog worden gevoerd.⁶²

Het helpt niet om een *bias* als de *hindsight bias* af te doen als uitsluitend een factor bij de juridische beoordeling. Veeleer zou de discussie er over moeten gaan hoe onjuiste juridische oordelen door heuristieken, onjuiste redeneringen en *biases* kunnen worden voorkomen.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator is in lid 2 van artikel 68 Fw expliciet bepaald dat de curator bij het beheer van de boedel dient te bezien of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel hebben bemoeilijkt of het tekort in het faillissement hebben vergroot.⁶³ De curator heeft nu dus in feite een wettelijke opdracht om de actio pauliana te onderzoeken.⁶⁴ Deze wettelijke opdracht lijkt mij ongelukkig. Zij maakt dat de curator niet meer onbevangen is en het is niet onaannemelijk dat een curator daardoor ook meer ontvankelijk voor de confirmation bias wordt.⁶⁵ “Zoekt en gij zult vinden.” Ook voor curatoren geldt immers dat niets menselijks hen vreemd is. Daarbij komt dan dat de civiele procedure er niet primair op is gericht om de materiële waarheid boven water te krijgen en een verstandige eiser goed beslagen ten ijs komt. Daardoor zijn in het ex post-perspectief ook zowel *anchoring* als *framing* relevant. Het speelveld wordt immers geschetst door de inleidende dagvaarding en die zal uit de aard der zaak (fel) gekleurd zijn.

Een oplossing is het hanteren van *debiasing*-strategieën. Hermans bespreekt er daarvan in zijn dissertatie een aantal.⁶⁶ De meest voor de hand liggende is uiteraard de beoordeling van de casus zonder wetenschap van de afloop, hetgeen bij rechtspraak in de praktijk niet valt te realiseren. Een belangrijke eerste stap is goed en onbevangen onderzoek naar de feiten, waarbij ook alle alternatieve scenario's worden onderzocht, en de beoordeling van de feiten wordt losgekoppeld van de afloop.⁶⁷ Over het oorzakenonderzoek gaat een aantal andere bijdragen in deze bundel en hierop zal ik hier dan ook niet ingaan. Bij een van de andere door Hermans onderscheiden strategieën wil ik in

62. Zie bijvoorbeeld HR 26 juni 2001, *LJN* AA9800 (*Puttense moordzaak*) of *Schiedammer parkmoord* (2000), *Lucia de Berk* (2003). Vgl. voor een overzicht nl.m.wikipedia.org. Laatstelijk geraadpleegd op 14 september 2018.

63. Op grond van de wet bestuursverbod geldt dat de betrokkenheid bij een paulianeuze rechtshandeling bovendien kan leiden tot toewijzing van een bestuursverbod.

64. Zie over (de onwenselijkheid) van deze wettelijke opdracht, R.D. Vriesendorp, ‘[**]it happens; then and now’, *TVI* 2017/23 p. 148 e.v.

65. Zie over het oorzakenonderzoek in deze bundel onder meer R.W.M. Giard, *Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissementen is veel lastiger dan het lijkt*.

66. R.M. Hermans, a.w., Deventer 2018, p. 486.

67. R.M. Hermans, a.w., Deventer 2018, p. 489.

verband met de actio pauliana en met name het wetenschapsvereiste nader stilstaan, en dat is de te hanteren norm. Door verhoging van de norm wordt de handelwijze minder snel ontoelaatbaar geoordeeld. Ook de Hoge Raad hanteert deze benadering in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid. Voor bestuurdersaansprakelijkheid is immers een ernstig (persoonlijk) verwijt vereist. Verhoging van de drempel voor aansprakelijkheid verlaagt het risico op *hindsight bias*, terwijl verlaging van die drempel het risico vergroot.⁶⁸

Omdat hindsight bias door de aard van deze bias doorslaggevend kan zijn is onderschatting van de impact daarvan in het kader van een procedure over de actio pauliana een fenomeen dat niet zonder risico is. Hiervoor is een aantal redenen. Ten eerste geldt dat oordelen over wetenschap zich bij uitstek lenen voor *hindsight bias*. Daarbij komt dat het wetenschapsvereiste van de actio pauliana in feite open en weinig precies is – ook door de afwezigheid van enige kwantificering van de gehanteerde verbale termen – terwijl wanneer de faillissementspauliana uiteindelijk aan de orde is, steeds sprake is van een ongelukkige afloop, waarbij de curator en de rechter ex post-beoordelaars zijn. Naast de *hindsight bias* spelen deze ex post-actoren ook een aantal andere *biases* parten. Ik noem hier de *outcome bias* en de *confirmation bias*. Tot zover het perspectief van de ex post-beoordelaar. Ook voor de positie van de actoren die de (paulianeuze) rechtshandelingen verrichten geldt dat zij vatbaar zullen zijn voor *biases*, *anchoring* en/of *framing*. Met name de *gain* of *loss* frame lijkt in het kader van de actio pauliana voor diegene die in het kader van een reddingspoging een rechtshandeling verrichten relevant. Het is voor mij een vraag of het geobjectiveerde weten rekening dient te houden met heuristieken. Met andere woorden is een rechtshandeling van een ex ante-actor die onder invloed van een heuristiek wordt verricht verwijtbaar te noemen? Dit vind ik met name knellen als overigens zou moeten worden vastgesteld dat betrokkenen – zowel in het besluitvormingsproces als bij de uitvoering – zorgvuldig en te goeder trouw hebben gehandeld. Er is dan toch veel eerder sprake van een niet verwijtbare ‘fout’ ten gevolge van een heuristiek? Ik roep het voorbeeld van de radioloog uit voetnoot 7 hier in herinnering.

Er is ook sprake van een mismatch tussen de normen die voor bestuurders gelden en de invulling die de Hoge Raad aan het wetenschapsvereiste geeft, terwijl beide normen uitingen zijn van de maatschappelijke zorgvuldigheid. Ook dit is in het kader van de oordeelsvorming over een reddingspoging ongelukkig.

Ondertussen lijken zowel de Europese, alsook de nationale wetgever tot de conclusie te zijn gekomen dat de toepassing van actio pauliana in de praktijk bij reddingspogingen problematisch is. In het consultatievoorstel voor de Wet

68. R.M. Hermans, a.w., Deventer 2018, p. 509.

Homologatie Onderhandsakkoord is een *safe harbor* opgenomen tegen de aantasting van zekerheden voor leningen op grond van artikel 42 Fw indien die leningen worden aangewend voor betalingen die nodig zijn voor de voortzetting van de onderneming voor het bewerkstelligen van een akkoord.⁶⁹ Dergelijke rechtshandelingen zijn in het voorstel niet aantastbaar indien het akkoord onverhoopt toch niet slaagt. Daarmee lijkt in ieder geval bij zowel de Europese als de nationale wetgever het besef te zijn doorgedrongen dat het voorspellen van de afloop van een reddingspoging geen sinecure is.⁷⁰ Laat staan dat op basis van het geldende wetenschaps criterium met zekerheid kan worden gesteld dat over de toepassing daarvan in een concreet geval van tevoren uitspraken kunnen worden gedaan waarover door ex post-beoordelaars achteraf niet anders zal kunnen worden gedacht. Er is overvloedig empirisch bewijs dat het veel eerder aannemelijk is dat ex post-beoordelaars ongeacht de objectieve maatstaven nadien tot een ander oordeel kunnen komen, juist omdat zij ex post naar de feiten kijken en daarover oordelen. Of zij nu experts zijn of niet. In 1997 noemde Van Hees de actio pauliana al geen eenvoudige rechtsfiguur.⁷¹ Ondertussen kunnen we met enig gevoel voor understatement zeggen dat die stelling nog steeds geldt. In de woorden van Van Hees: de wetenschap van de pauliana blijft daarmee nog steeds een hele wetenschap.⁷² Ondertussen zijn de curator, de failliet en eventuele derden tot elkaar veroordeeld. Voorzichtigheid lijkt geboden, want WYSIATI.⁷³

69. L. Lennarts, *Preventive Restructuring and Directors' Duties in the Twilight Zone: The Dutch Perspective*, Preadviezen/Report 2017, NVRII en NACIIL, Den Haag 2018, p. 25.

70. Vgl. artikel 16 en artikel 17 van de Ontwerprichtlijn van het Europese Parlement en de Raad on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualification and measures to increase the efficiency of procedures concerning the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt and amending Directive (EU) 2017/1132, zoals vastgesteld op 11 oktober 2018.

71. J.J. van Hees, a.w., p. 567.

72. J.J. van Hees, in: *10 Jaar JOR. Alsnog geannoteerd*, Den Haag 2006, p. 148.

73. *What You See Is All There Is, Thinking Fast and Slow*, Kahneman 2011, waarmee Kahneman bedoelt dat we ons zelf doorgaans niet zullen realiseren wat we niet weten.

Achterwerk van toezicht

P.J. NEIJT¹

Wie een brief schrijft aan de rechter-commissaris, krijgt in de regel te horen dat zijn verzoek op grond van artikel 69 Faillissementswet ('Fw') niet-ontvankelijk is. Waarvoor kan iemand die betrokken is bij een faillissement zich nog wenden tot de rechter-commissaris? Hoe kan iemand de afwikkeling van een faillissement beïnvloeden? Deze bijdrage gaat over wat de rechter-commissaris wel of niet kan met de 'brieven' die hij ontvangt. Om de niet-ontvankelijkheid van veel van de verzoeken in deze brieven te kunnen begrijpen, is van belang eerst in algemene zin iets te zeggen over de positie van de rechter-commissaris in een faillissement. Daarna zal aan de hand van een aantal voorbeelden worden ingegaan op de vraag wat wel en niet aan een rechter-commissaris kan worden voorgelegd. Er zijn evenveel rechters-commissarissen, als meningen over de behandeling van 69-verzoeken. Deze bijdrage is – zoals eerder voor deze bundel – een weergave van mijn mening.

1. Wat is zijn taak en wat niet?

De belangrijkste taak van de rechter-commissaris staat in artikel 64 Fw:²

“De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel.”

Dus, de curator beheert de boedel en de rechter-commissaris houdt uitsluitend toezicht op het beleid van de curator. Artikel 64 Fw beperkt de rol van de rechter-commissaris tot die van toezichthouder en niet die van beheerder van de boedel. Er zijn wel gevallen waarin de rechter-commissaris gaat meedoen met de boedelberedding, maar deze gevallen zijn nauwkeurig omschreven. Het gaat dan om de verzegeling, het bepalen dat inkomsten buiten de boedel vallen, de doorhaling van beslagen, het gelasten van een afkoelingsperiode, de inbewaringstelling en paspoortsignalering. De rechter-commissaris kan het

-
1. Senior rechter(-commissaris) in de Rechtbank Midden-Nederland, afdeling Toezicht.
 2. De rechter-commissaris heeft daarnaast “*rechtsprekende, rechtscheppende, voorlichtende en organisatorische taken*”. Die taken vallen buiten het bereik van deze bijdrage. Zie prof.mr. B. Wessels, *Insolventierecht: Bestuur en beheer na faillietverklaring* 2015, nr. 4009.

beleid van de curator in volle omvang toetsen.³ Deze toets heeft betrekking op enerzijds het belang van de verzoeker en anderzijds het boedelbelang. In algemene zin kan worden gezegd dat de rechter-commissaris nagaat of een curator zich houdt aan de grenzen van de wet, of hij handelt in het belang van de boedel en zijn taak behoorlijk vervult.⁴

Als de rechter-commissaris het beleid van een curator toetst in een lopend faillissement, geldt een voor de curator gunstig uitgangspunt. Namelijk, dat – gelet op de bij rechtbanken gebruikelijke controle van de kwaliteit van het werk van curatoren – van een curator behoudens sterke aanwijzingen voor het tegendeel mag worden verondersteld, dat hij tegen de eisen die zijn taak hem stelt, is opgewassen. Een rechter-commissaris, die samen met een curator in een bepaald faillissement is benoemd, gaat ervan uit dat een curator een geschikte curator is.⁵

Wat een behoorlijke taakvervulling is, hebben curatoren deels zelf ingevuld in de Praktijkregels voor Curatoren van de Vereniging Insolventierecht Advocaten.⁶ Hierin is vastgelegd wat de gebruikelijke normen en waarden zijn die curatoren in hun werk toepassen. Met name de in de praktijkregels opgenomen grondbeginselen, spelen een rol bij beoordeling van de vraag of de curator de aan hem opgedragen taak juist invult. De curator moet: 1) zich jegens alle belanghebbenden integer gedragen; 2) streven naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming; 3) onafhankelijk zijn en zich primair laten leiden door de belangen van de boedel en voorts door die belangen die een prudent handelend curator zich mede behoort aan te trekken; 4) zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakkundig en doelmatig uitvoeren met inachtneming van de professionele deskundigheid die van hem mag worden verwacht; 5) zich fatsoenlijk en respectvol gedragen jegens eenieder met wie hij, in de uitoefening van de aan hem opgedragen taak, handelt. Op de naleving door de curator van deze voornamelijk open normen houdt de rechter-commissaris toezicht.

De rechter-commissaris heeft in de praktijk nog een andere toezichtstaak gekregen. Naast het toezicht in individuele dossiers, houden rechters zich bezig met de vraag of de curatoren op hun lijsten van voldoende kwaliteit zijn. De gedachte hierbij is: als er een beperkt aantal curatoren op de lijst staan, kunnen deze curatoren door regelmatige benoemingen investeren in hun kennis en ervaring en hoeven rechtbanken maar op de kwaliteit van een beperkte groep te

3. Zie HR 10 mei 1985, *NJ* 1985/793.

4. Zie ECLI:NL:PHR:2013:1314.

5. Zie de overwegingen van de rechtbank waarnaar wordt verwezen in ECLI:NL:PHR:2006:AY5700.

6. Gepubliceerd op www.insolad.nl.

letten om daarmee de kwaliteit van de behandeling van individuele faillissementen te vergroten. De rechter-commissaris heeft voor deze vorm van toezicht een aantal middelen. Bij alle rechtbanken worden periodiek evaluatiegesprekken gehouden met curatoren. Het houden van dossieronderzoeken (ook wel audits) is minder gebruikelijk, maar levert de rechter-commissaris veel informatie op over het functioneren van een curator. En tot slot proberen rechters steeds meer cijfers te verzamelen over de afwikkeling van faillissementen. Deze cijfers hebben bijvoorbeeld betrekking op de gemiddelde looptijd van faillissementen, het gerealiseerde actief en de opbrengst van door curatoren gevoerde procedures.

Kortom: de taak van de rechter-commissaris is niet de boedel te beheren, maar uitsluitend het houden van toezicht op het beleid van de curator. Dat is een hele ruime taak, want hij toetst het beleid van de curator in volle omvang aan open normen. In de praktijk is de beperking van de omvang van het toezicht er met name in gelegen dat de rechter-commissaris afhankelijk is van informatie die hij van de curator zelf krijgt.⁷ Hieraan probeert de rechter-commissaris iets te doen door het houden van evaluatiegesprekken, kantoorbezoeken of het verzamelen van cijfermatige informatie over het optreden van de curator. Of, de rechter-commissaris krijgt een keer een brief van een derde.

2. Het lot van de briefschrijver

Wanneer de rechter-commissaris een brief krijgt, is dat *altijd* een verzoek op grond van artikel 69 Fw. In het faillissement geldt namelijk een gesloten stelsel van interventiemogelijkheden.⁸ Dit is om te voorkomen dat (individuele) schuldeisers de afwikkeling van een faillissement onnodig kunnen vertragen.⁹ In de brieven die de rechter-commissaris ontvangt, gaat het meestal om een van de volgende drie situaties. Een schuldenaar heeft een klacht over het optreden van de curator, een schuldeiser vindt dat hij aanspraak heeft op betaling of goederen uit de boedel, of de bestuurder van een vennootschap wenst niet aansprakelijk te worden gehouden voor het tekort in het faillissement. Natuurlijk zijn er nog veel meer voorbeelden te verzinnen. Deze bijdrage beperkt zich tot deze drie, omdat zij veel voorkomen. Drie voorbeelden waarin de briefschrijver op het eerste gezicht niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

7. Er zijn nog wel andere problemen, waarover J.J. van Hees, 'De schone schijn van toezicht in het insolventierecht', in: *Bundel Toezicht tegen het licht; Kernwaarden, kansen en knelpunten*.

8. Vgl. HR 19 mei 1989, *NJ* 1989/784, waarin is overwogen dat het belang van een vlotte afwikkeling van faillissementen zich ertegen verzet dat aan schuldeisers bevoegdheden tot interventie worden toegekend welke niet in de Faillissementswet zijn voorzien.

9. Zie conclusie A-G bij HR 10 mei 1985, *NJ* 1985/791.

2.1 *Een schuldenaar met een persoonlijk belang*

Een schuldenaar die een klacht heeft over het optreden van de curator loopt om twee redenen het risico niet-ontvankelijk te worden verklaard. De eerste reden, is dat artikel 69 Fw niet is geschreven om belanghebbenden de mogelijkheid te geven op een eenvoudige wijze een aan hen mogelijk toekomend persoonlijk recht tegenover de boedel geldend te maken.¹⁰ Zoals aan het begin van deze bijdrage uiteen is gezet, is het de taak van de rechter-commissaris toezicht te houden op het beleid van de curator. Het gaat daarbij om boedelbelangen en niet om persoonlijke belangen van schuldeisers of de schuldenaar tegenover de boedel. Daarvoor zijn zij aangewezen op de normale civiele procedure.

De Hoge Raad heeft op dit punt een belangrijke uitzondering gemaakt. In 1928 gaf de Hoge Raad een oordeel over het volgende geval. De zonen van een schuldenaar hadden een bedrag van f 3.000¹¹ in de boedel gestort om daarmee een woning in Duitsland buiten de boedel te houden. Het in Nederland uitgesproken faillissement strekte zich destijds nog niet uit tot in Duitsland aanwezige onroerende goederen. De afkoop bleek achteraf voor niets. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat de rechter-commissaris over de terugbetaling van het bedrag op verzoek van de schuldenaar een beslissing mocht geven, omdat het ging over het morele belang van de schuldenaar, dat in zijn faillissement alleen baten vloeien die daarin thuishoren.¹²

“dat nu wel de onder meer aan den gefailleerde bij artikel 69 toegekende bevoegdheid zeker niet strekt om in de wijze van procedure verandering te brengen en langs den weg der requestprocedure tegen den boedel rechten geldende te maken, en de rechter dan ook niet verplicht is om op eenig daartoe strekkend verzoekschrift gunstig te beschikken, – doch dit alles niet wegneemt, dat de gefailleerde moet kunnen vragen afgifte van zaken, waarover geen geschil bestaat noch in redelijkheid te verwachten is, en de rechter zoodanig verzoek zal hebben te onderzoeken om naar bevind van zaken gunstig of afwijzend te beschikken;”

Het is niet zeker of deze overweging van de Hoge Raad nog geldt. In de jurisprudentie wordt vaak aangehaakt bij een recenter arrest van 10 mei 1985.¹³ De Hoge Raad formuleert in dit arrest de uitzondering als volgt:

10. Volgens mij voor het eerst beslist door de Hoge Raad op 31 december 1925 (W. 11458, *NJ* 1926, p. 316).

11. Dat zou nu ongeveer € 23.000 zijn.

12. Zie HR 13 juni 1928, ECLI:NL:HR:1928:86, m.nt. Prof. E.M. Meijers.

13. *NJ* 1985/792.

“Evenwel bestaat aanleiding op dit beginsel een uitzondering te maken voor geval het gaat om aan de gefailleerde persoonlijk toekomende rechten op gelden als bedoeld in art. 21 onder 3e, of uit hoofde van andere wettelijke bepalingen die met die bepaling voor de toepassing van art. 69 gelijk moeten worden gesteld, omdat zij ertoe strekken de gefailleerde ondanks zijn faillissement de beschikking te doen houden over uitkeringen tot zijn levensonderhoud bestemd.”

Dus: de rechter-commissaris oordeelt niet over iemands rechten tegenover de boedel, tenzij het gaat om rechten van de schuldenaar zelf, als bedoeld in artikel 21 onder 3 Fw of andere soortgelijke wettelijke bepalingen. Wat zouden die andere soortgelijke wettelijke bepalingen kunnen zijn?

In mijn eigen praktijk kwam ik recent een ander geval tegen. De schuldenaar kwam met een 69-verzoek op tegen het voornemen van de curator om zijn woning te laten taxeren en verkopen. De schuldenaar stelde zich op het standpunt dat de curator eerst een vordering vanuit het faillissement moest innen, omdat daarmee het volledige tekort in het faillissement was gedekt en de schuldenaar in zijn woning kon blijven wonen. Zelf had ik geoordeeld dat het verzoek kon worden ontvangen,¹⁴ maar de rechtbank dacht daar genuanceerder over.¹⁵ In deze casus spelen twee persoonlijke rechten van de schuldenaar een rol. De eerste is het recht op ongestoord genot van eigendom op grond van artikel 1 van het eerste protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Maar, dat is volgens de rechtbank niet een soortgelijke wettelijke bepaling, die de uitzondering rechtvaardigt. De schuldenaar heeft zijn recht op het ongestoorde genot van zijn eigendommen verloren op het moment dat hij failliet werd verklaard. Op dat moment heeft de rechter al geoordeeld dat de curator gaat over zijn eigendommen. Daarnaast merkt de rechtbank op dat hiermee in feite alle handelingen van de curator via een 69-verzoek door de schuldenaar zouden kunnen worden aangevochten. Het tweede recht van de schuldenaar waarop hier inbreuk wordt gemaakt, is het recht op respect voor iemands woning uit artikel 8 EVRM. Dat laatste recht kan de schuldenaar volgens de rechtbank wel via een 69-verzoek geldend maken, omdat het evenals artikel 21 onder 3e Fw betrekking heeft op een primaire levensvoorwaarde die bescherming verdient in het kader van artikel 69 Fw.¹⁶

14. ECLI:NL:RBMNE:2018:1474.

15. ECLI:NL:RBMNE:2017:6899.

16. Zie ook HR 6 november 1992, NJ 1993/26.

Een brief van een schuldenaar zal de rechter-commissaris welwillend moeten ontvangen. De belangen van de schuldenaar worden door het faillissement ingrijpend getroffen. Met name waar het om persoonlijke faillissementen gaat, is het logisch de schuldenaar een ingang tot de rechter-commissaris te geven. Met name waar het gaat om zijn 'morele' rechten. Het faillissement is een beslag op zijn goederen, maar heeft geen betrekking op zijn persoonlijke rechten. Verzoeken daarover aan de rechter-commissaris kunnen worden ontvangen.

2.2 *Een partij met een klacht*

Wat nu, als de briefschrijver een 69-verzoek doet met daarin een klacht over het optreden van de curator. Bijvoorbeeld de gevallen waarin een curator volgens de schuldenaar in strijd met de Praktijkregels niet integer optreedt of een tegenstrijdig belang heeft. Voor deze gevallen is artikel 69 Fw naar mijn mening niet bedoeld. Het artikel geeft de rechter-commissaris de mogelijkheid om opdrachten of bevelen aan de curator te geven, maar niet om een klacht 'gegrond' te verklaren. De rechter-commissaris kan in het kader van zijn algemene toezichthoudende taak echter wel iets met deze klachten doen. Artikel 64 Fw geeft aan de rechter-commissaris namelijk de mogelijkheid om de curator te berispen.¹⁷ Een brief wordt dus eerst aangemerkt als 69-verzoek. Dit verzoek wordt niet-ontvankelijk verklaard. Maar ondertussen wordt de informatie uit de brief door de rechter-commissaris gebruikt in het kader van artikel 64 Fw.

Ik kan mij niet voorstellen dat ik in een concreet geval snel een klacht in behandeling zou nemen. Ik zie het nut daarvan niet. Uiteraard kan in uitzonderlijke gevallen worden besloten de curator te ontslaan.¹⁸ Maar, als een klacht onvoldoende ernstig is om daar consequenties aan te verbinden, is een gegrondverklaring alleen symbolisch. Het heeft met het behartigen van boedelbelangen niets van doen.¹⁹ Sterker nog, het gegrond verklaren van een klacht kan verdere procedures tegen de curator tot gevolg hebben en is daarmee schadelijk voor andere schuldeisers en vertraagt de afwikkeling van het faillissement. Gebeurt er dan niets met deze, mogelijk terechte klachten?

Jazeker wel. Het is vaak lastig om de ernst van een klacht te kunnen vaststellen. Meestal gaat het om het woord van de klager tegen het woord van de curator.²⁰

17. Van der Feltz II (1897), p. 2.

18. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 20 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5972.

19.

20. En, als uitgangspunt geldt dat de curator tegen zijn taak is opgewassen.

In die gevallen kan de rechter-commissaris pas effectief optreden als er meerdere soortgelijke klachten binnenkomen, of klachten passen binnen een beeld dat al bestond van het functioneren van een curator. Periodiek worden deze klachten besproken tijdens evaluatiegesprekken met de curatoren. Het hoort bij het toezicht op de kwaliteit van de curatoren op de curatorenlijst. De meeste rechtbanken hebben een systeem waarbij externe en interne klachten over curatoren worden bijgehouden. In Midden-Nederland werken ongeveer 50 curatoren. Door medewerkers van de rechtbank worden ongeveer 60 interne klachten²¹ per jaar genoteerd over ongeveer 45 curatoren. Daarnaast worden 16 externe klachten²² genoteerd, verdeeld over 10 curatoren. Een nadeel van dit systeem is dat de klager zelden of nooit een terugkoppeling krijgt over wat er met zijn klacht is gedaan. Hooguit ziet hij op termijn een curator niet meer benoemd worden. De brievenfiche krijgt alleen te horen dat zijn 69-verzoek niet kan worden ontvangen.

2.3 *Een schuldeiser maakt aanspraak op betaling uit de boedel*

Op artikel 69 Fw kan een beroep worden gedaan door schuldeisers, de commissie uit de schuldeisers en de schuldenaar. Die opsomming is limitatief.²³ Ontvangt de rechter-commissaris een brief van een schuldeiser, dan is het verzoek op grond van artikel 69 Fw ontvankelijk. Of niet? Want wie zijn precies de schuldeisers bedoeld in artikel 69 Fw? Met de 'schuldeiser' wordt in artikel 69 Fw bedoeld op faillissementsschuldeisers en niet op boedelschuldeisers. Als de schuldeiser in zijn verzoek vraagt om een betaling uit de boedel, dan is hij boedelschuldeiser en dus niet-ontvankelijk.²⁴

In de praktijk stranden heel wat 69-verzoeken op dit punt. De grote meerderheid van de faillissementen moet worden opgeheven omdat aan de betaling van faillissementsschuldeisers niet kan worden toegekomen. De faillissementsschuldeisers hebben in dat geval geen enkel belang bij de wijze waarop de curator de boedel beheert. Zij krijgen daaruit niets. Voor juist de groep boedelschuldeisers is dit anders. Zij zijn de groep die als eerste na het salaris van de curator, een betaling uit de boedel kunnen vorderen. Het lijkt daarom

21. Hiermee wordt bedoeld: klachten die worden signaleerd door medewerkers van de rechtbank. Deze klachten gaan vaak over termijnoverschrijdingen of onduidelijkheden in communicatie.

22. Dit zijn de brieven van derden, al dan niet expliciet op grond van artikel 69 Fw ingediend en klachten over curatoren bij INSOLAD of de Orde van Advocaten.

23. HR 10 mei 1985, *NJ* 1985/791.

24. Bijzonder vind ik altijd dat een boedelschuldeiser met een niet-ontvankelijkheid wel de bevestiging krijgt dat hij boedelschuldeiser is volgens de rechter-commissaris.

logisch om ook boedelschuldeisers toegang te geven tot de rechter-commissaris.

In de eerste versie van de Wet modernisering faillissementsprocedure²⁵ werd dit probleem aangepakt. Daarin wordt voorgesteld om in artikel 69 Fw, “*Ieder der schuldeisers*” te vervangen door: “*Iedere schuldeiser, waaronder de boedelschuldeiser*,”. Probleem opgelost. Helaas is deze wijziging al in de consultatieronde gesneuveld. De Raad voor de Rechtspraak heeft opgemerkt dat de werklast bij de rechterlijke macht door deze wijziging zal toenemen. In de versie van het wetsvoorstel dat aan de Raad van State is voorgelegd, komt de aanpassing van artikel 69 Fw niet meer terug. Het argument van de Raad voor de Rechtspraak over toenemende werkdruk en kosten wordt overgenomen:

“Uit het advies [PJN: van de Raad voor de Rechtspraak] bleek dat met name de uitbreiding van het recht van boedelschuldeisers om een doen of nalaten van de curator voor te leggen aan de rechtercommissaris tot een aanzienlijke stijging van het aantal procedures zou kunnen leiden. Hoewel de uitbreiding van de mogelijkheid om een oordeel te vragen van de rechtercommissaris een aantal voordelen kent, namelijk nauwere betrokkenheid van de boedelschuldeiser bij de afwikkeling van het faillissement en een versterking van diens positie, staan de daarmee gemoeide kosten vanwege de verwachte toename van procedures (zo’n 3 miljoen euro voor de rechterlijke macht) daarmee niet in verhouding. Daarom is deze mogelijkheid geschrapt.”

Ik vraag me af of de redenering van de Raad voor de Rechtspraak en het geciteerde argument van de wetgever, kloppen. De beperking, dat een beroep op artikel 69 Fw niet kan worden gedaan voor een persoonlijk belang, zou ook onder de nieuwe wet blijven gelden. Boedelschuldeisers kunnen via artikel 69 Fw dus niet de hoogte van hun vordering laten vaststellen, maar blijven daarvoor aangewezen op de civiele rechter. De meeste verzoeken van boedelschuldeisers gaan in mijn praktijk mede niet-ontvankelijk om de reden dat zij een eigenbelang nastreven. Het gaat zelden om boedelbelangen. Ook in de jurisprudentie bij de voorzieningenrechter (de rechter waar een boedelschuldeiser op dit moment terecht kan om op te komen tegen handelingen van de curator), zie ik niet veel voorbeelden waarin de boedelschuldeiser opkomt tegen het beleid van de curator.

25. Wijziging van de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met het moderniseren van de faillissementsprocedure (Wet modernisering faillissementsprocedure), 2 december 2015.

Onder het nu geldende recht heeft een boedelschuldeiser geen beroep op artikel 69 Fw. Wat voor de boedelschuldeiser als enige mogelijkheid openstaat, is een beroep op de voorzieningenrechter. Er wordt in de jurisprudentie een scheiding gemaakt tussen de rol van de rechter-commissaris en die van de voorzieningenrechter. Uitgangspunt is dat in gevallen waarin een beroep op artikel 69 Fw openstaat, er daarnaast geen plaats is voor een voorziening in kort geding.²⁶ De bedoeling is dat de voorzieningenrechter niet komt op het terrein van de rechter-commissaris en geen beslissingen neemt ten aanzien van het beleid van de curator. Kan de boedelschuldeiser desondanks via de voorzieningenrechter invloed op het beleid van de curator uitoefenen?

Als opfrisser: boedelschulden zijn die schulden, “*welke eene onmiddellijke aanspraak op den boedel geven, welke, als komende ten laste van den curator in zijne qualiteit, door deze onmiddellijk uit den boedel moeten worden voldaan, zonder dat daarvoor verificatie noodig is ...*”. De curator moet direct betalen, tenzij er sprake is van een zogenaamd boedelfaillissement.²⁷ In dit kader kan een boedelschuldeiser proberen het beleid van de curator door de rechter te laten toetsen. Uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 11 oktober 1985,²⁸ blijkt dat dit niet eenvoudig is. De casus wordt in dit vonnis heel eenvoudig weergegeven in drie feiten:

1. De baten in het faillissement bedroegen f 449.436.
2. Het totaal aan boedelvorderingen beloopt ongeveer f 1.752.000.
3. Er ontstaan nog steeds faillissementskosten en boedelschulden, terwijl er ook nog baten naar de boedel toevloeien.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat de omvang van de boedelschulden hoger zijn dan het gerealiseerde actief en dat daarmee dus geen verplichting bij de curator bestaat om te gaan betalen. Anders dan in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, zou ik menen dat voor het toekennen van een voorschot aan de boedelschuldeiser in kort geding, voldoende is dat de curator in staat is een deel van de boedelschulden te voldoen. Zonder nadere toelichting mag worden aangenomen dat tegenover de nog te maken kosten, ook baten staan. Het onder drie genoemde feit heeft geen betekenis. Als de curator alle boedelschuldeisers een voorschot van 10% betaalt, heeft hij op het eerste oog voldoende geld in kas

26. Zie Rechtbank Groningen (pres.) 6 september 1991, *KG* 1992/272, en Rechtbank 's-Hertogenbosch (pres.) 7 september 1992, *KG* 1992/333.

27. HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

28. *NJ* 1987/186.

voor de verdere afwikkeling van het faillissement. Zodra de omvang van een boedel dat toestaat, hoort naar mijn mening bij goed boedelbeheer dat de curator de boedelschuldeisers, naar rato en overeenkomstig hun rang, een gedeeltelijke uitkering doet.

Het wordt voor de voorzieningenrechter lastiger om te oordelen op het moment dat het hiervoor onder punt drie genoemde feit verder wordt ingekleurd. Wat als de curator stelt dat hij nog aanzienlijke kosten moet maken voor een oorzakenonderzoek, terwijl op voorhand niet duidelijk is of daaruit een aansprakelijkheid van het bestuur volgt? Mag de curator in een dergelijk geval onderzoekskosten maken, ten laste van de voor de boedelschuldeisers beschikbare uitkering? Een voorzieningenrechter komt dan in een lastige situatie terecht. Het antwoord op deze vraag valt onder het toezicht van de rechter-commissaris. Het gaat over het beleid van de curator. Tegelijkertijd kan de boedelschuldeiser deze vraag alleen bij de voorzieningenrechter kwijt. Voor de rechter-commissaris is het antwoord op de vraag of de curator verdere kosten ten laste van bestaande boedelschuldeisers mag maken, afhankelijk van de vraag of in de gegeven omstandigheden de te verwachten kosten redelijk zijn en het redelijkerwijs noodzakelijk is deze kosten te maken voor het beheer en de vereffening van de failliete boedel.²⁹ Als de voorzieningenrechter die toets toepast, toetst hij het beleid van de curator in volle omvang en kan de boedelschuldeiser over alle door de curator gemaakte en te maken kosten discussie voeren. Hier past terughoudendheid van de voorzieningenrechter, maar zal deze 'restrechter' iets moeten beslissen. De voorzieningenrechter kan aan de boedelschuldeisers een voorschot toekennen, maar zal hierbij een ruime marge moeten aanhouden om niet het door de rechter-commissaris en curator voorgestane beleid bij de afwikkeling van het faillissement te doorkruisen. Als een rechter-commissaris of curator invloed willen hebben op de beslissingsruimte van de voorzieningenrechter, kunnen zij er natuurlijk voor kiezen zich (in het kader van artikel 64 Fw) uit te laten over het boedelbelang bij het maken van verdere kosten ten laste van de boedelschuldeisers. Ligt er een oordeel van de rechter-commissaris over het beleid van de curator, dan heeft de voorzieningenrechter geen taak meer.

Het vaststellen van de omvang van de vordering van een boedelschuldeiser hoort uiteraard thuis bij de voorzieningenrechter. De rechter-commissaris is

29. Een dubbele redelijkheidstoets, zoals die ook geldt bij vaststelling van het salaris van de curator. Vgl. artikel 6:96 BW. Zie voor een toepassing Rechtbank Roermond 28 februari 2007, *LJN* BA0499.

beter toegerust om beslissingen over uitkeringen aan boedelschuldeisers te nemen, omdat daarbij altijd het beleid van de curator een rol zal spelen. Het is een gemiste kans dat de Wet modernisering faillissementsprocedure hierin niet voorziet. Met name waar het gaat om de vraag welke kosten een curator ten laste van bestaande boedelschuldeisers mag maken, lijkt nu een vacuüm te zitten tussen de taak van de rechter-commissaris en die van de voorzieningen-rechter. De voorgestelde aanpassing in de wet had dit kunnen oplossen. Boedelschuldeisers kunnen nu niet bij de rechter-commissaris terecht.

2.4 *De bestuurder wenst niet aansprakelijk te worden gesteld*

Een ander veelvoorkomend verzoek, komt van de bestuurder die niet aansprakelijk wenst te worden gehouden voor het faillissementstekort. Een begrijpelijke wens, maar niet een waar de rechter-commissaris veel mee kan. Zoals hiervoor werd geschreven: artikel 69 Fw is niet bedoeld om rechten tegenover de boedel vast te stellen. Soms is de frustratie over deze beperking uit de brief af te lezen. Die brieven openen met de opmerking dat het geen 69-verzoek is, maar een verzoek ‘om te bemiddelen’. Kan dat? Kan de rechter-commissaris bemiddelen tussen de curator en een derde?

De rechter-commissaris zal op deze brief reageren met een niet-ontvankelijkheid. In artikel 69 Fw krijgen bepaalde met name genoemde belanghebbenden de bevoegdheid zich te wenden tot de rechter-commissaris. De bestuurder van de schuldenaar behoort niet tot die groep. Het is voor de rechter-commissaris niet makkelijker om te bemiddelen in een geschil tussen de curator en de bestuurder. Zelfs niet als zij dit allebei van hem verlangen. De rechter-commissaris heeft een aantal wettelijke taken en kan die niet uitbreiden.³⁰ Ook niet als partijen dat graag zouden willen. De rechter-commissaris zou daarmee partij worden bij die overeenkomst en een rol van arbiter op zich nemen. De rechter-commissaris moet zich realiseren dat het vaststellen van de rechten van een schuldeiser ten opzichte van de boedel, vanzelf tot gevolg heeft dat andere schuldeisers uit het faillissement minder zullen ontvangen. Toch kan de rechter-commissaris wel iets doen met deze brief.

Het starten van een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure heeft vergaande gevolgen voor de boedel. Een dergelijke procedure kost veel geld en tijd. In

30. Een taak om te bemiddelen tussen partijen, heeft de rechter-commissaris alleen tijdens de verificatievergadering, zie artikel 122 Fw.

Midden-Nederland zijn de volgende cijfers bekend over de invloed van procedures op de doorlooptijden van faillissementen. In faillissementen waarin wordt geprocedeerd, stijgt de gemiddelde looptijd van 650 dagen naar 1.300 dagen. In het kader van de in artikel 64 Fw aan de rechter-commissaris gegeven taak, moet hij iets doen met de informatie die hij van de bestuurder krijgt over de haalbaarheid van de procedure en de mogelijkheid een schikking te bereiken. Daarbij geldt dat, als de curator een procedure tegen de bestuurder wil starten, hij een machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft.³¹ Bij beoordeling van de vraag of een dergelijke machtiging zal worden verleend, let de rechter-commissaris op de belangen van de boedel, waaronder de kosten van een procedure, de proceskansen, de verhaalsmogelijkheden en de vraag of het voeren van een procedure redelijkerwijs noodzakelijk is, of dat bijvoorbeeld een schikking tussen partijen kan worden getroffen. In die laatste zinsnede zit ruimte voor bemiddeling door de rechter-commissaris. Ook als de curator een schikking wil treffen, heeft hij daarvoor de goedkeuring van de rechter-commissaris nodig.³² De bestuurder kan proberen invloed uit te oefenen op de beslissing van de rechter-commissaris op dit punt, nog voordat de curator om een machtiging heeft gevraagd, door de stand van de onderhandelingen met de rechter-commissaris te delen.

De rechter-commissaris ziet zich nu opgezaagd met een lastig dilemma. De regel is dat hij uitsluitend toezicht houdt, de rechter-commissaris voert 'geen medebeheer of opperbestuur'. Als een verzoek niet onder artikel 69 Fw kan worden ontvangen, moet de rechter-commissaris zich beperken tot het maken van opmerkingen in het kader van zijn algemene toezichthoudende taak uit artikel 64 Fw. Als de rechter-commissaris zich uitlaat over de vraag hoe hij de proceskansen inschat, of hoever de curator mag gaan in het bereiken van een schikking, wordt in feite alle onderhandelingsruimte bij de curator weggehaald en is de rechter-commissaris de boedel aan het besturen. Dat moet de rechter-commissaris proberen te voorkomen. Daar staat tegenover dat het uiteindelijk aan de rechter-commissaris is om te beoordelen of een procesmachtiging wordt afgegeven, of dat een schikking wordt goedgekeurd. Als de rechter-commissaris ziet dat de curator daarin een beleid voert dat hij niet kan onderschrijven, moet er worden bijgestuurd.

Hiervoor ben ik uitgegaan van de situatie dat een bestuurder aansprakelijk wordt gehouden door de curator. Hetzelfde geldt uiteraard voor andere partijen

31. Zie artikel 68 lid 2 Fw.

32. Zie artikel 104 Fw.

die door de curator aansprakelijk worden gesteld. Het is in deze gevallen niet voor de hand liggend dat de rechter-commissaris gaat bemiddelen tussen partijen. Dit is eenvoudig niet zijn wettelijke taak. De wettelijke taken die de rechter-commissaris wel heeft, namelijk het geven van een procesmachtiging en de toestemming voor het geven van schikkingen, maken het mogelijk om enige grenzen aan te geven in het kader van de onderhandelingen die de curator voert. Daarbij moet de rechter-commissaris er wel voor waken dat hij niet mede het beheer van de boedel gaat voeren.

3. De briefschrijver krijgt zelden een antwoord

Het van groot belang dat de rechter-commissaris informatie ontvangt over de wijze waarop de curator aan zijn taak invulling geeft. Een belangrijk en terecht bezwaar is dat de rechter-commissaris voor het houden van toezicht vaak afhankelijk is van informatie die hij van de curator zelf krijgt. Alle informatie van derden is daarom welkom. Deze derde krijgt meestal te horen dat hij niet-ontvankelijk is in het verzoek dat hij mogelijk helemaal niet wilde doen. Dit zal voor veel briefschrijvers ontmoedigend werken. Daar komt bij dat de briefschrijver vaak verder moet met de curator in het betreffende faillissement of mogelijk in andere faillissementen. Twee van de grote belanghebbenden bij de afwikkeling van faillissementen zijn de banken en Belastingdienst. In de afgelopen tien jaar heb ik misschien twee keer een brief van een bank ontvangen over het functioneren van de curator. Van de Belastingdienst ontving ik geen brieven. Het is niet goed voor te stellen dat deze partijen geen mening over het functioneren van de curatoren hebben. Zij hebben alleen, net als veel andere betrokkenen bij een faillissement, geen echte toegang tot de rechter-commissaris en als zij die al hebben is klagen via artikel 69 Fw niet erg aantrekkelijk.

Hierboven is geschetst dat de informatie uit de brieven voor de rechter-commissaris vaak bruikbaar is – en ook wordt gebruikt – in zijn algemene toezichthoudende taak uit artikel 64 Fw, tijdens de periodieke evaluaties van het functioneren van de curatoren of bij het geven van een machtiging of toestemming. Vaak geeft artikel 64 Fw de mogelijkheid voor de rechter-commissaris om, ondanks de niet-ontvankelijk van een 69-verzoek, te reageren op een brief. Soms krijgt de briefschrijver iets te horen, maar soms zal dit buiten hem om gebeuren. Om iets meer inzichtelijk te maken wat er gebeurt met de inhoud van brieven, ook al is het verzoek daarin niet-ontvankelijk, heb ik het volgende schema gemaakt.

Ontvankelijk	Niet-ontvankelijk	Gevolg
Hobbel 1. Artikel 69 Fw is geschreven voor een beperkte groep.		
– Faillissementsschuldeisers. – De schuldenaar. – De commissie.	– Boedelschuldeisers.	– Voorzieningenrechter toetst terughoudend. – Ingrijpen via artikel 64 Fw.
	– De bestuurder. – Derden.	– Beperkte mogelijkheden om te bemiddelen via de procesmachtiging en goedkeuring van schikkingen. – Ingrijpen via artikel 64 Fw. – Periodieke evaluatie curator.
Hobbel 2. Uitsluitend boedelbelangen kunnen worden voorgelegd aan de rechter-commissaris.		
– Boedelbelangen.	– Uitsluitend eigen belangen.	– De schuldenaar mag klagen over inbreuken op bepaalde persoonlijke rechten. – Ingrijpen via artikel 64 Fw.
Hobbel 3. De rechter-commissaris neemt niet altijd klachten in behandeling.		
– Berispingen zijn mogelijk.	– Geen berispingen als dat tegen het boedelbelang ingaat.	– Ingrijpen via artikel 64 Fw, zonder terugkoppeling aan de klager. – Periodieke evaluatie curator.

Dit schema laat zien dat de briefschrijver weliswaar niet steeds een antwoord krijgt, maar dat de rechter-commissaris veel heeft aan de informatie uit zijn brief. Eventuele klachten over het functioneren van een curator worden betrokken bij de evaluatie van het functioneren. Een probleem blijft dat de briefschrijver het resultaat hiervan niet steeds ziet. Het voorstel in de Wet modernisering faillissementsprocedure zou de groep van personen die een beroep op artikel 69 Fw hebben, kunnen uitbreiden. De groep van briefschrijvers die een inhoudelijke reactie krijgt, wordt daarmee ook groter. Het werkelijke probleem bij de toegang van derden tot de rechter-commissaris zit volgens mij niet hierin.

Het werkelijke probleem is dat de taak van de insolventierechter om toezicht te houden op de kwaliteit van de personen op de curatorenlijst, niet een in de wet vastgelegde taak. De curatorenlijst is een door rechtbanken zelf ingesteld instrument. Het transparanter maken van deze taak, waaronder uiteindelijk ook het benoemingenbeleid van rechtbanken valt, is mogelijk een oplossing voor het gebrek aan terugkoppeling. Het gaat het bereik van deze bijdrage te buiten om het benoemingenbeleid en de algemene toezichthoudende taak van

Achterwerk van toezicht

de rechter-commissaris verder te bespreken. Volgens mij ligt in artikel 69 Fw in ieder geval niet de oplossing voor een transparanter toezicht op het functioneren van curatoren. In het kader van artikel 69 Fw moeten vooral de boedelbelangen een rol spelen.

Het doen van een 69-verzoek is voor de briefschrijver niet aantrekkelijk. Zijn lot in een faillissement is zo bezien vergelijkbaar met het lot van degene die een brief schrijft aan de achterkant van de VPRO-gids;³³ het doen van een 69-verzoek lucht op en mogelijk zijn er lotgenoten die zich in de inhoud van de brief herkennen en daarvan in volgende faillissementen kunnen profiteren. En soms, heel misschien, krijgt de briefschrijver een reactie.

33. 'Achterwerk' was van 1976 tot 2016 een rubriek op de achterkant van de VPRO Gids. Deze rubriek bestond uit ingestuurde brieven van kinderen, vaak over persoonlijke problemen die kinderen meemaakten, en vaak vroegen ze om hulp of advies. De reacties op de brieven werden gelezen en doorgestuurd aan de brieven-schrijver. Aldus Wikipedia.

Conflictmanagement in faillissementen

E.E.A. DIJXHOORN¹

1. Inleiding

Een faillissement² is een vat vol tegenstrijdige belangen. Welbeschouwd ontleent de curator daaraan zijn bestaansrecht. De wetgever heeft willen vermijden dat vermogensbestanddelen van de schuldenaar die niet meer kan betalen door alle schuldeisers beslagen en geëxecuteerd worden en vraagt de curator namens het collectief van schuldeisers het proces in goede banen te leiden en de activa te verkopen en de opbrengst met in achtneming van de wettelijke voorrangsregels te verdelen.

Door het uitspreken van het faillissement worden de tegengestelde belangen niet weggenomen. De wetgever geeft de curator wel handvatten (bijvoorbeeld in artikel 37, 39 en 40 Fw), maar het is de curator die met de wet in de hand de keuzes moet maken. Of in de woorden van de Hoge Raad in het *Maclou*-arrest:³ *“Een curator bevindt zich in een bijzondere positie waarin hij vaak tegenstrijdige belangen behartigt en beslissingen neemt die geen uitstel dulden.”*

Echter, aan de door de curator in acht te nemen belangen van separatisten, preferente en concurrente schuldeisers, de failliet, het personeel, opdrachtgevers en opdrachtnemers, aandeelhouders, bestuurders etc., wordt een nieuw belang toegevoegd, namelijk dat van de curator zelf bij een vergoeding voor zijn werkzaamheden.

Een tegenstrijdig belang is nog geen conflict. Er is sprake van een conflict indien ten minste een van de partijen (of groepen van partijen) zich ergert of gehinderd voelt door de ander.⁴ Veel tegenstrijdige belangen in faillissementen lossen zich op omdat betrokkenen zich neerleggen bij de wettelijke verdelingsregels en de wijze waarop die door de curator zijn respectievelijk worden toegepast.

-
1. De auteur is oud-curator, advocaat en mediator en werkzaam bij Marree en Dijkhoorn Advocaten te Amersfoort en bestuurslid van de Stichting Insolventiemediation.
 2. Waaronder ook de te begrijpen surseance van betaling en de Schuldsaneringsregeling Natuurlijke Personen.
 3. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727.
 4. E. Giebels en M. Euwema, *Conflictmanagement en Mediation*, Groningen/Houten: Noordhoff 2017, p. 25 met verwijzing naar E. van de Vliert, *Complex interpersonal conflict behaviour*, London, UK: Psychology Press 1997.

Maar er blijven nog voldoende conflicten over. Conflicten tussen boedel en contractpartijen van de failliet, waaronder de bank, tussen Belastingdienst en bank (waar de curator tussen zit), tussen crediteuren onderling en niet in de laatste plaats tussen curator en failliet respectievelijk bestuurder. In de literatuur, onderzoek en opleiding van curatoren en rechters-commissarissen wordt desalniettemin weinig tot geen aandacht aan conflictmanagement besteed. Terwijl daar toch alle aanleiding toe bestaat. Het oplossen van conflicten, zeker als daaraan de rechter te pas komt, kost nu eenmaal veel tijd en geld en lang-slepende procedures staan in de weg aan een afwikkeling van het faillissement binnen een redelijke termijn.

Dit artikel besteedt aandacht aan conflictmanagement en – in het licht van het thema van dit jaarboek – in het bijzonder de conflicten tussen curator en failliet en de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon voortvloeiend uit het prefaillissementsgedrag van laatstgenoemde.

Schrijver bepleit meer aandacht voor de rol die curator en bestuurders, bewust en onbewust, in dergelijke conflicten spelen, doet handreikingen voor slimmer tussenpartijdig oplossen (waaronder mediation) en alternatieven buiten de civiele rechter (arbitrage, bindend advies) en belicht tot slot de toegevoegde waarde die rechters-commissaris kunnen hebben bij het vinden van een oplossing.

2. Conflictdiagnose

Zoals hierboven gesteld is een conflict meer dan een juridisch geschil. Curatoren, de advocaten van failliet respectievelijk bestuurder en de rechters-commissaris zijn allemaal getrainde en ervaren juristen en hebben met de analyse van het juridisch geschil niet zoveel moeite. Zij hebben alleen andere verwachtingen van de uitkomst van een civiele procedure. Ieder dispuut tussen curator en failliet en iedere claim van de curator op de bestuurder hindert en ergert de failliet of de bestuurder. Er is dus sprake van een conflict. Om het conflict te kunnen oplossen moet je echter niet alleen het juridisch geschil analyseren, maar het gehele – meeromvattende – conflict.

Giebels en Euwema gebruiken in hun standaardwerk 'Conflictmanagement en Mediation' voor de analyse van conflicten het 7i-model. Wat zijn de issues, welke individuen zijn betrokken, in welke relatie staan zij tot elkaar (independentie), welke interacties komen op gang, wat zijn de implicaties, binnen welke context speelt het conflict zich af (instituties) en wat zijn de interventiemogelijkheden.⁵

5. Giebels en Euwema 2017 p. 28 e.v.

In het navolgende zullen de relatie tussen curator en failliet en meer in het bijzonder geschillen tussen curator en bestuurder over rechtmatigheidsvragen aan de hand van dit model onder de loep worden genomen.

3. Issues

De conflicten tussen curator en failliet zijn zeer verschillend van aard, maar hebben met elkaar gemeen dat de onderwerpen de failliet direct raken in zijn dagelijkse bezigheden en zijn bestaan. Denk aan vrij te laten deel van het inkomen, verkoop van woning, afkoop verzekeringspolissen en dergelijke.

De conflicten tussen curator en bestuurder spelen zich hoofdzakelijk af in het hoofdstuk rechtmatigheid van het standaard Refoca-verslag. Bestuurdersaansprakelijkheid, pauliana en verrekening te kwader trouw.

Het kenmerkende van deze geschillen is dat de beoordeling van de curator over de (rechts)handelingen van de bestuurder, die bestuurder niet alleen direct in de portemonnee kan raken, maar bovendien altijd een waardeoordeel inhoudt. Dat heeft twee, in elkaars verlengde liggende, gevolgen, die het onderhandelen over het geschil er niet makkelijker op maken.

Over geld is te onderhandelen, maar over normen en waarden niet. Daarenboven is het vrijwel onmogelijk om de rechtshandelingen van de bestuurder bespreekbaar te maken, zonder die bestuurder een verwijt te maken. Ook als de curator de boodschap dat een bepaalde handeling strijd oplevert met de faillissementswet op de meest neutrale wijze brengt, zal de bestuurder zich aangesproken voelen en het standpunt van de curator als een verwijt over zijn integriteit opvatten. Over de gevolgen van deze vaststelling kom ik nader te spreken.

4. Individuen

Elders in dit boek besteden Madern, Jungmann en Van Teeffelen aandacht aan de persoon van de failliet.

De bestuurder heeft voorafgaand aan het faillissement een spannende en vermoeiende periode doorgemaakt, die het evenwicht waarin de bestuurder zich bevond, ernstig verstoord heeft. Vriesendorp noemt dit insolventiestress⁶ en wijst erop dat kennis van de psychopathologie kan bijdragen aan de

6. R.D. Vriesendorp, "Insolventiestress" en het insolventierecht als 'de psychopathologie van het recht', *TvI* 2018/15.

beoordeling van het gedrag van bestuurders in de aanloop naar een faillissement.

In 1943 publiceerde Abraham Maslow zijn theorie over de hiërarchie van onze primaire behoeften, die wereldwijd bekend werd als de Pyramide van Maslow.⁷ In 2008 introduceerde David Rock van het NeuroLeadership Institute⁸ het zogenaamde SCARF-model, waarin hij in zekere zin voortborduurt op de door Maslow in kaart gebrachte reflexen, die optreden indien bepaalde basale menselijke behoeftes in het gedrang komen.

Status, zekerheid, autonomie, verbondenheid en rechtvaardiging (in het Engels Status, Certainty, Autonomy, Relatedness en Fairness, SCARF). Ieder mens heeft er in meer of mindere mate behoefte aan en bij een tekort – in relatie tot de persoonlijke behoefte – reageert hij daar reflexmatig op. Deze reflexen worden goed omschreven door Liefhebber in ‘Een Neurokompas voor mediators’⁹, en sluiten, zoals Liefhebber constateert, aan op de zorgen van partijen in conflictsituaties zoals beschreven door Roger Fisher en Daniel Shapiro in ‘*Beyond Reason*’¹⁰ een van de internationaal leidende boekwerken over onderhandelen.

Persoonlijk failliet gaan is in onze cultuur een schande. Er is geen enkele status meer. De onzekerheden zijn groot. Hoe lang gaat het faillissement duren? Hoeveel is er wekelijks te besteden? Worden de activa niet te goedkoop van de hand gedaan? Wat doen de schuldeisers na afwikkeling? Etc.

“*De persoon van de schuldenaar wordt door het faillissement niet getroffen. De schuldenaar komt niet onder curatele en blijft bevoegd om rechtshandelingen te verrichten*”, aldus Pannevis in Polak/Pannevis, *Insolventierecht 2017*,¹¹ maar dat neemt niet weg dat juist het gegeven dat een ander over zijn gehele vermogen beschikt en dat blijft doen gedurende de looptijd van het faillissement,¹² de autonomie van de failliet zwaar aantast. Een failliet komt al snel in een sociaal isolement terecht en tot slot zoekt menig failliet de oorzaak van zijn ellende buiten zichzelf.

7. www.wikipedia.org.

8. www.neuroleadership.com.

9. Huib Liefhebber, ‘Het neurokompas voor de mediator’, *Tijdschrift Conflicthantering* 2017/4.

10. R. Fisher en D. Shapiro, *Beyond Reason, Using Emotions as You Negotiate*, The Penguin Group, New York 2015.

11. Polak/Pannevis, *Insolventierecht 2017*, § 1.6.

12. Artikel 20 Fw.

Voor de bestuurder van een rechtspersoon is het niet veel anders. Na het uitspreken van het faillissement is de bestuurder zijn status kwijt. Binnen de onderneming, in zijn zakelijke netwerken, bij de familie en in vriendenkring. Immers, hij stond aan het roer toen het schip verging.

De financiële toekomst is onzeker, zeker voor een DGA, die niet tegen werkloosheid verzekerd is en – zoals vaak het geval is – ook nog borg staat bij de bank, privéleningen is aangegaan, zelf crediteur van de failliete onderneming is en/of zijn pensioenvoorziening daarin heeft ondergebracht, terwijl niet zelden de aandelen in de failliete vennootschap zijn enige vermogen vormde.

De curator heeft het stuurwiel volledig overgenomen, dus van de autonomie van de bestuurder is niets meer over.

Ook de verbondenheid is volledig zoek. Al die personeelsleden, waarmee hij jaren gewerkt heeft, zitten thuis of werken elders en als ze hem al niet de schuld van het faillissement geven, zien ze hem in ieder geval niet meer staan. En met het gevoel van rechtvaardigheid is het al niet beter gesteld. Veel bestuurders leggen de oorzaak van de déconfiture van hun onderneming bij anderen, die zich niet redelijk hebben opgesteld. Of die aantijging juist is, is hier niet aan de orde. Het gaat om de perceptie.

Het is niet verwonderlijk dat de bestuurder, die korte of langere tijd na het uitspreken van het faillissement door de curator wordt aangesproken wegens mismanagement of benadeling, defensief reageert. Want hij krijgt ook nog eens kritiek, wat op zich – dus los van aantasting van status, autonomie en rechtvaardigheidsgevoel, de onzekerheid en het gevoel van afwijzing en buitensluiting – als stressfactor van betekenis is.¹³

Het gevaar is dus groot dat de failliet, die een geschil heeft met de curator en de bestuurder, die door de curator op zijn prefaillissementsgedrag wordt aangesproken, hun beslissingen veel meer zullen laten leiden door reflexen en emotie dan door de ratio.

Dan de rol van de curator. Die heeft tot taak tegen zo gering mogelijke kosten, binnen redelijke tijd en met inachtneming van de procedurele compliance een maximale boedelopbrengst te realiseren.¹⁴ Dat is zijn taak in objectieve zin, waarbij hij zich laat leiden door het belang van de crediteuren. Er spelen echter ook andere elementen.

13. Zie Vriesendorp t.a.p. en zijn verwijzing naar de Oratie van Bernet Elzinga, hoogleraar Stress Gerelateerde Psychopathologie te Leiden.

14. Zie B.J. Tideman in 'Curator en Mediation', *Tijdschrift voor Curatoren* 2017/4.

Bij het zo goed mogelijk uitvoeren van die taak dient de curator in ieder geval twee eigenbelangen. Ten eerste het belang om het goed te doen in de ogen van zijn opdrachtgever, de insolventiekamer en wel aan de hand van de hierboven beschreven KPI's. Maar iedere curator heeft zijn eigen stijl. En als hij regelmatig benoemd wordt, mag hij veronderstellen dat, ongeacht de KPI's, zijn stijl de opdrachtgever bevalt. De curator die een imago heeft opgebouwd van 'crimefighter' of 'hardliner' zal er dus belang bij hebben die stijl vast te houden. Ten tweede het financieel belang in het individuele faillissement. Het belang om voldoende boedelactief te genereren om de faillissementskosten te dekken en het al meermaals bekritiseerde belang van de omzet die het eigen kantoor maakt als er geprocedeerd wordt.¹⁵

Tot slot mag niet vergeten worden dat een curator ook een advocaat is, die als hij eenmaal een mening over het prefaillissementsgedrag van een bestuurder gevormd heeft, zich niet snel op andere gedachten zal laten brengen. En, met de gereedchapskist die de curator als advocaat heeft, ligt het gevaar op de loer dat hij denkt: *"als ik het gelijk niet krijg, ga ik het wel halen"*.

Voor de bestuurder geldt dat als hij ratio laat prevaleren boven emotie, hij beseft dat een dispuut met de curator hem altijd veel tijd, geld en energie kost en dat hij bij verlies van de procedure ook nog eens de claim van de curator moet honoreren.

Maar ook voor de curator geldt, dat de belangen uitsluitend rationeel gewogen moeten worden.

De belanghebbenden bij zijn inspanningen, de crediteuren, ontvangen over het algemeen liever vandaag een concreet percentage van hun vordering (en de mogelijkheid om de BTW terug te halen), dan de kans op een hoger maar onbekend percentage over een onbekend aantal jaren, met de kans dat na een door de curator verloren procedure dat percentage ook nog eens aanmerkelijk lager is dan het concrete percentage dat vandaag uitgekeerd kan worden.

Voor beide partijen geldt, dat procedures over rechtmatigheid maar twee uitkomsten kennen: winst of verlies. Een beetje mismanagement bestaat niet en een rechtshandeling was paulianeus of niet. En het oordeel van de Rechtbank hoeft niet doorslaggevend te zijn. De kans is altijd aanwezig dat het Hof er weer heel anders tegenaan kijkt.

15. Zie voor de kritiek onder meer R.S. de Ranitz in 'Ach Amice, hoe zit dat nu?', *TvI* 1998/9, p. 187, M.L.S. Kalff, 'De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de DenO verzekeringspraktijk', in: *Insolad Jaarboek* 2007, p. 27 e.v. en J.T. Jol, 'Wie neemt het besluit om (een kantoorgenoot van) de curator te laten optreden als advocaat van de boedel', *Tijdschrift Financieringen, Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2011/3.

De conclusie uit het bovenstaande is, dat – objectief beschouwd – geschillen tussen curator en bestuurder over rechtmatigheidszaken zich uitstekend lenen voor tussenpartijdige oplossingen, maar dat aan de kant van de bestuurder niet-rationele invloeden aan een poging tot het zoeken naar een oplossing in de weg staan en dat aan de andere kant in het huidige stelsel het gevaar bestaat dat de curator zich gezien zijn eigenbelangen laat verleiden om te gaan procederen.

5. Interdependenties

Het hoeft geen nadere uitleg dat de afhankelijkheid van de failliet van de persoon die over zijn vermogen beschikt uitermate groot is en dat, omgekeerd, de curator in geen enkel opzicht afhankelijk is van de failliet.

In de relatie curator – bestuurder creëert het faillissement van de rechtspersoon een afhankelijkheid die in de loop van het proces als een kameleon van kleur verschiet. Direct na het uitspreken van het faillissement is de curator voor zijn informatievoorziening in belangrijke mate afhankelijk van de bestuurder. Die voorziet de curator van de gegevens die nodig zijn om een maximaal boedelactief te realiseren. Wat zijn de mogelijkheden van een doorstart? Welk bedrijfsonderdeel kan behouden blijven? Welke spelers in de branche zijn mogelijk geïnteresseerd in overname? Welke besprekingen zijn al gevoerd? Wie kan er roet in het eten gooien?

Niet zelden is het de bestuurder die zelf met succes een bod doet op de activa, waaronder de voor de curator belangrijkste asset, de ‘goodwill’ en aldus de curator helpt aan het actief dat hem ten minste in staat stelt de faillissementskosten te dekken. De curator heeft dus alle belang bij een goede werkrelatie met de bestuurder en zal een sfeer scheppen, waarin de bestuurder zich vrij voelt zoveel mogelijk informatie met hem te delen.

Niet zelden komt een faillissement voor een bestuurder als een verlossing. Niet meer het gehijg van de mannen en vrouwen van de afdeling Bijzonder Beheer van de bank in de nek, geen slapeloze nachten omdat de salarissen er weer uit moeten. Geen telefoontjes meer van crediteuren, geen leugens meer hoeven te verkopen, geen gesol meer met werknemers. Dan is de persoon waarnaar je de crediteuren mag doorverwijzen en die het slechtweer gesprek met jouw personeel voert, al snel een welkome gast.

In die fase hebben curator en bestuurder vaak gelijklopende belangen. Een hoge opbrengst van de in zekerheid gegeven activa levert een hogere boedelbijdrage en bijgevolg een grotere kans dat het salaris van de curator kan worden voldaan en een uitkering aan crediteuren kan worden gedaan. De curator scoort daarnaast beter op de KPI's. Maar het heeft ook een positief effect op de positie van de bestuurder als borg en eventueel als crediteur.

Is het actief eenmaal gerealiseerd, dan is de curator niet of nauwelijks meer afhankelijk van de bestuurder. De curator komt dan toe aan zijn analyse van de oorzaak van het faillissement en zal moeten onderzoeken of zich in de prefaillissementsfase onregelmatigheden hebben voorgedaan.

Dan ziet de bestuurder ineens een heel andere curator. Niet meer de persoon met wie hij veel – in de ogen van de bestuurder vertrouwelijke – informatie heeft gedeeld of met wie hij net een deal over de doorstart heeft gesloten, maar de man die vanuit zijn bureaustoel met de kennis achteraf komt vertellen dat hij, de bestuurder, een of meer dingen verkeerd heeft gedaan en dat de boedel nog geld van hem krijgt.

De curator heeft twee petten op. Daar kan hij niets aan veranderen. Een goede curator legt dit dualisme aan de bestuurder uit. Een integere curator stelt zich ten opzichte van de bestuurder¹⁶ correct en onbevooroordeeld op. Maar hoe beleefd en voorkomend je je ook opstelt, het verschieten van kleur is voor de bestuurder doorgaans lastig te begrijpen.

Het is niet zo dat de curator in de fase dat de discussie alleen nog maar over rechtmatigheid gaat, niet afhankelijk is van de bestuurder. Indien het belang van de boedel erbij gebaat is om te schikken in plaats van te procederen, dan heeft de curator de bestuurder (en eventueel diens verzekeraar) nodig om tot een regeling te komen. Maar de macht ligt hoofdzakelijk bij de curator.

6. Interacties

In het conflictmanagement wordt onderscheid gemaakt tussen coöperatieve en competitieve interactie.¹⁷

Kenmerken van coöperatieve interactie zijn een vriendelijke sfeer, een open dialoog en interesse voor elkaar. Over het algemeen begint een gesprek tussen curator en bestuurder op deze wijze. De curator geeft de bestuurder de ruimte uiteen te zetten wat zijns inziens de aanleiding en de oorzaak van het faillissement is geweest. Naarmate de curator kritischer wordt en zeker in de fase waarin hij zich een oordeel gaat vormen over de prefaillissementsgedragingen van de bestuurder en – al dan niet voorlopige – conclusies gaat trekken, slaat de interactie om in de competitieve variant. De sfeer is niet vriendelijk meer (of hooguit gespeeld vriendelijk), kaarten worden tegen de borst gehouden en de machtsverschillen worden evident.

16. Bedoeld is de bestuurder die zich niet schuldig heeft gemaakt aan subjectieve kwader trouw, zie § 6 van dit hoofdstuk.

17. Giebels en Euwema, p. 42.

Waar het in conflictsituaties in belangrijke mate om gaat is perceptie. Faillieten en bestuurders hebben in ons land nu niet bepaald een positief beeld van curatoren. ‘De curator is alleen uit op (zijn eigen) geld’, ‘hij procedeert de boedel leeg’, ‘het is een machtswellusteling’, ‘hij luistert niet naar me’ en ‘hij wordt niet of nauwelijks gecorrigeerd door de rechter-commissaris.’ Een willekeurig greep uit de gemeenplaatsen over curatoren. Dat beeld draagt niet bij aan de bereidheid om samen met de curator naar een tussenpartijdige oplossing te gaan zoeken.

De curator mag objectief zijn taak naar behoren en met inachtneming van wet en regelgeving, waaronder de Insolad Praktijkregels voor curatoren, uitvoeren en van zichzelf vinden dat hij integer te werk gaat en de bestuurder correct en eerlijk behandelt, maar als de bestuurder daar anders over denkt en hem niet vertrouwt is het moeilijk communiceren, laat staan onderhandelen.

Hier doet zich de wet van de circulaire causaliteit voelen. Dit begrip is afkomstig uit de systeemtheorie en houdt, kort samengevat in dat oorzaak en gevolg elkaar afwisselen en beïnvloeden. Partijen in een conflict laten hun gedrag bepalen door de verwachtingen die zij hebben van de opstelling van de ander. De failliet en de bestuurder laten hun gedrag bepalen door de verwachting die zij hebben van de opstelling van de curator aan de onderhandelings-tafel. Die verwachting is niet positief. De angst bij de aangesproken bestuurder, bijvoorbeeld, is groot dat als hij eerlijk en open is er misbruik van wordt gemaakt, en als hij een vinger geeft, de curator zijn hele hand afpakt. De geslotenheid van de bestuurder maakt dat de curator merkt dat informatie wordt achtergehouden en denkt dat de bestuurder onbetrouwbaar is. Die wordt dus kritischer, wat de bestuurder nog angstiger maakt en sterkt in zijn gedachten dat hij zijn kaarten tegen de borst moet houden. Etc.

7. Implicaties

Hier dient een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen geschillen over onbehoorlijk bestuur en geschillen over pauliana, verrekening of andere prefaillissementsgedragingen. In beide categorieën kunnen de geldelijke belangen zeer uiteenlopen, maar bij onbehoorlijke taakvervulling ex artikel 2:248 BW gaat het altijd om relatief grote bedragen. In faillissementen van grote bedrijven om tientallen of honderden miljoenen (vaak meer dan gedekt onder een D&O-polis), in faillissementen van kleinere ondernemingen gaat het om aanmerkelijk minder, soms maar enige tonnen, maar voor de doorgaans niet verzekerde DGA over het algemeen veel meer dan hij nog overheeft na het faillissement van zijn onderneming.

Diezelfde relativiteit van de inzet is er ook aan de zijde van de boedel. Het gaat vaak om het verschil tussen een opheffing ex artikel 16 Fw, zonder volledige vergoeding van het salaris curator of hooguit een vereenvoudigde afwikkeling ex artikel 137a Fw en het substantieel uitkeren aan de concurrente schuldeisers.¹⁸ Anders gezegd: de opbrengst van een aansprakelijkstelling vormt niet zelden een belangrijk deel van het totale boedelactief.

Maar een geschil over onbehoorlijk bestuur heeft meer dan financiële gevolgen.

In 2005 vroeg Kroeze in zijn inaugurele rede al aandacht voor de ongewenste bijwerking van deze aansprakelijkstelling: “*bange, bonafide bestuurders*.”¹⁹

Winter²⁰ onderzocht onlangs voor zijn bijdrage aan ‘*Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*’ de niet op geld waardeerbare gevolgen van de aansprakelijkstelling van bestuurders en constateerde dat het risico dat de bestuurder uit eigen zak moet betalen gering is. Dat is ook niet waar bestuurders echt bang voor zijn. Wat hen raakt en wat maakt dat zij eventuele aansprakelijkheid als zeer bedreigend ervaren, is dat zij het risico lopen door anderen negatief beoordeeld te worden en de daarmee samenhangende reputatieschade. Het gevolg is een aantasting van het zelfbeeld en van het beeld dat de sociale omgeving van de bestuurder heeft, wat weer kan leiden tot sociale uitsluiting.

Kortom, voor de bestuurder staat er veel meer op het spel dan een serieuze kans op vermogensschade.²¹

N.T. Pham heeft voor haar proefschrift ‘*Directors’ Liability, A legal and empirical study*’ de cijfers van de bestuurdersaansprakelijkheid in kaart gebracht. Een samenvatting is te vinden in ‘*Bange Bestuurders Revisited*’.²² Pham betitelt bestuurshandelingen met een opzettelijk benadelend element als ‘subjectief te kwader trouw’ en stelt vast dat in zaken zonder deze subjectieve kwader trouw in slechts 45% van de kleine honderd door haar onderzochte zaken de vordering werd toegewezen.

18. Aan deze stelling ligt geen empirisch onderzoek ten grondslag. Het is gewoon mijn praktijkervaring.

19. M.J. Kroeze, ‘*De Bange bestuurder*’, *Ondernemingsrecht* 2006/3. Met deze rede aanvaardde de auteur op 28 oktober 2005 zijn benoeming tot hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

20. J.W. Winter, ‘*Beoordeeld door anderen, het werkelijke risico voor bestuurders en commissarissen*’, in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* in Serie vanwege het van der Heijden Instituut nr. 140.

21. Voor de liefhebber: Winter rekent in zijn artikel voor welk deel van hun vermogens de bestuurders van Worldcom en Enron aan de settlements zijn kwijtgeraakt: 20% van hun vermogens, respectievelijk 10% van de opbrengst van de verkoop van hun Enron-aandelen.

22. N.T. Pham, *Bange bestuurders revisited*, serie vanwege het Van der Heijden Instituut 2017.

Dus afgezien van wat curatoren ‘de echte fraudeurs’ noemen, een slagingspercentage van ruim minder dan 50%. En dan is nog niet onderzocht wat die veroordelingen de boedel hebben opgeleverd, wat de kosten zijn geweest om dat actief te genereren en wat de crediteuren netto aan de aansprakelijkstellingen hebben overgehouden. De met KPI’s te verzamelen cijfers zouden een antwoord moeten geven op deze vraag. Maar curatoren weten uit ervaring dat het subsidiaire verweer van menig aansprakelijkgestelde en niet verzekerde bestuurder is dat hij het geld niet heeft om enige aanspraak van de curator te honoreren. Niet voor niets maakt verhaalonderzoek vast deel uit van de voorwaarden waaronder het Ministerie van J&V bereid is om een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren (2012) te honoreren.

Kortom, conflicten over rechtmatigheid hebben voor de bestuurder implicaties die veel verder gaan dan het financieel belang, zijn voor de curator niet zonder financieel eigenbelang en het is maar helemaal de vraag of het nettorendement voor de crediteuren wel zo groot is.

8. Instituties

De context waarin geschillen tussen curator en failliet en bestuurder zich afspelen is die tussen individuele burger en een door de overheid (rechtbank) aangestelde functionaris.

Een functionaris die bij wet een aantal taken en verantwoordelijkheden heeft gekregen, maar ook de daarbij behorende bevoegdheden en machtsmiddelen.

Tot voor kort waren dit zuiver civielrechtelijke middelen, maar bij wet van 1 juli 2017 is dat takenpakket uitgebreid met fraudebestrijding, waardoor naast de civiele functie, de curator ook een publieke functie heeft gekregen, hetgeen hem in de ogen van de bestuurder een ‘autoriteit’ maakt.

De curator verricht zijn werkzaamheden onder toezicht van een lid van de rechtelijke macht hetgeen dat beeld alleen maar versterkt.

Daarmee toont het conflict grote gelijkenis met procedures tussen burger en overheid zoals beschreven door Allewijn.²³ In formele procedures gaat het meestal over de rechtmatigheid van het overheidshandelen. In faillissementen gaat het om de wijze waarop de curator zich van zijn wettelijke taak kwijt. Op inhoudsniveau heeft de overheid dikwijls niet zoveel bewegingsruimte. Als een bestuurder handelingen heeft verricht die in strijd zijn met de faillissementswet, kan de curator dat niet negeren. Veel burgers die de strijd tegen de overheid

23. D. Allewijn, *Met de overheid aan tafel*, Den Haag: SDU 2013.

aangaan, zijn aanvankelijk niet met rechtmatigheid bezig, maar met eerlijkheid. Voor faillieten en bestuurders is dat in conflicten met de curator niet anders.

En tot slot. De overheid en de curator worden niet boos. De burger, de failliet en de bestuurder wel.

Dat verschil in emotionele lading speelt in conflicthantering een niet te onderschatten rol. De ‘afstandelijkheid’ van de een speelt namelijk enorm op de zenuwen van de ander.

Een ander gevolg van deze context is het ontbreken van een ‘level playing field’. De curator heeft macht en – al dan niet met behulp van de Garantstellingsregeling curatoren (2012) – het geld om te procederen. Persoonlijk (zijn kantoor) speelt hij een spel zonder nieten.²⁴ De bestuurder kan alleen maar verliezen.

In het beste geval besteed hij veel tijd, geld en energie aan een succesvolle verdediging. In het slechtste geval moet hij na een minder succesvolle, maar even kostbare, verdediging ook nog de terecht gebleken aanspraken van de boedel honoreren.

9. Een tussenconclusie

De conclusie uit het bovenstaande is dat om een aantal redenen het geschil tussen een curator en een bestuurder over het prefaillissementsgedrag van laatstgenoemde veel meer is dan een juridisch geschil. De aspecten die in de vorige paragrafen de revue zijn gepasseerd maken dat het geschil de grondslag vormt voor een betrekkelijk complex conflict, waar escalatie op de loer ligt.

Complexe vraagstukken kennen over het algemeen geen eenvoudige oplossingen. Vandaar dat het goed is stil te staan bij de verschillende methoden om dergelijke conflicten op te lossen.

10. Interventies

Eijsbouts en Schonewille introduceerden in 2008²⁵ in Nederland de term ‘Effective Dispute Resolution’ (EDR). In het EDR-spectrum wordt onderscheid gemaakt tussen Onderhandelen, Faciliterende mediation, Evaluatieve mediation, Collaborative lawyering, Neutral evaluation/Pre-court assessment, Dispute

24. Kalff, in: *‘De Integere Curator’*, jaarboek 2007.

25. A.J.A.J. Eijsbouts en M.A. Schonewille, *Corporate Governance, integraal conflictmanagement en mediation*, Den Haag: SDU, Forum Conflictmanagement 2008/03, p. 81-89.

Review Board, Dispute Adjudication Board, Bindend Advies, Arbitrage en Procederen.²⁶

Het gaat voor deze bijdrage te ver al deze interventiemogelijkheden te bespreken. Ik beperk mij dus tot een paar elementen uit het spectrum. Waar het om gaat is dat conflictoplossing maatwerk is. Bij ieder geschil past een wijze van beslechting. Probleem is dat – daar waar geen forum is gekozen – twee strijdende partijen met conflicterende belangen het eens moeten worden over een methode.

Onderhandelen is de meest effectieve en efficiënte methode om tot een minnelijke schikking te komen. In het hierboven aangehaalde en zeer lezenswaardig artikel ‘*Curator en Mediation*’ beschrijft Tideman²⁷ op heldere wijze dat voor een tussenpartijdige geschiloplossing, onderhandelingsbereidheid en onderhandelingsruimte belangrijke voorwaarden zijn. Objectief gesproken is er altijd ruimte voor onderhandelingen. De conflictdiagnose hierboven maakt echter duidelijk dat met name aan de kant van de bestuurder de onderhandelingsbereidheid in veel gevallen niet groot is. Daar waar Tideman constateert, dat ‘de wederpartij van de curator zich vaak geïntimideerd en soms onveilig zal voelen tegenover de dominante persoon en de tot de tanden bewapende jurist die de curator doorgaans is’ en ‘daarom minder snel geneigd is om met de curator aan de onderhandelingstafel te gaan zitten’, snijdt hij in feite drie hierboven beschreven onderwerpen aan. De macht van de curator, de gemoedstoestand van de bestuurder en de zogenaamde circulaire causaliteit. Curatoren zijn zich vaak niet bewust dat zij, door de verantwoordelijkheden en bevoegdheden, die de wetgever hen heeft toebedeeld, onderdeel zijn van het conflict en dat onderhandelingen op niets uitlopen, niet omdat zij niet kunnen onderhandelen, maar omdat zij door hun wederpartij niet als onderhandelaar geaccepteerd worden.

In het kader van pre-court assessment kan gewezen worden op de ‘Decision Analysis in Litigation’ – een methode die uit de Verenigde Staten is komen overwaaien en hier in Nederland onder andere wordt gepromoot door Rein Philips.²⁸ Op gestructureerde wijze worden kans van slagen van de verschillende rechtsvragen, doorlooptijd en kosten tegen elkaar afgezet.

26. Zie ook M.A. Schonewille, *Toolkit Mediation*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, p. 36 e.v.

27. Tideman, *TvC* 2017/4, p. 145 e.v.

28. R.J. Philips, ‘Procederen of Schikken, Thinking fast and slow’, *MvO* 2016, p. 213 e.v. en ‘Procederen of Schikken, The war Puzzle’, *MvO* 2017, p. 221 e.v.

In ‘Arbitrage en bestuurdersaansprakelijkheid’²⁹ constateert Strik dat de beslechting van geschillen over bestuurdersaansprakelijkheid door arbiters een aantal voordelen kent in vergelijking met de gang naar de overheidsrechter, waaronder de vertrouwelijkheid en de expertise. Het aspect van de vertrouwelijkheid zal vooral de bestuurder aanspreken. Als die er niet aan ontkomt om zijn handelen door derden te laten beoordelen, dan liever in de beslotenheid van een arbitrage, dan in de openheid van een vonnis van de civiele rechter. Zie de observaties van Winter in § 7. Verzekerd te zijn van de expertise van (mede) zelfgekozen arbiters is uiteraard een belang voor beide partijen. Ik zou daaraan toe willen voegen, dat in arbitrage partijen ook meer grip hebben op het proces en minder de kans lopen dat er allerlei incidenten ontstaan, die het proces vertragen en kostbaarder maken.

Bindend Advies kan een oplossing bieden in die zaken waarin over de feiten geen (wezenlijk) verschil van inzicht bestaat en slechts een of een paar (rechts)vragen om een antwoord vragen. Deze wijze van geschillenbeslechting wordt in Nederland hoofdzakelijk toegepast bij waarderingsvraagstukken,³⁰ maar er zijn veel meer geschillen denkbaar waarin op vrij eenvoudige wijze een knoop kan worden doorgehakt. Ik denk daarbij aan geschillen waarin de vraag aan de orde is wanneer er sprake is van wetenschap van benadeling.

11. Mediation

Mediation wordt vaak in een adem genoemd met het Harvard Negotiation Project. Dit project van de Harvard Law School³¹ stelt zich tot doel om de theorie, het onderwijs en de praktische toepassing van methoden van conflicttherapie te ontwikkelen en te verbeteren om aldus tot meer effectieve en constructieve oplossingen van geschillen te komen.³²

Heel kort samengevat betogen de grondleggers van het Program on Negotiation (PON), Ury en Fisher³³ dat als partijen een geschil willen oplossen, het geen zin heeft om standpunten te herhalen, maar dat zij op zoek moeten gaan naar de achterliggende belangen van partijen en van daar uit opties om tot een oplossing

29. D.A.M.H.W. Strik, in: *Onderneming en ADR* (OenR nr. 66), Deventer: Kluwer 2011/12.

30. Zie P.E. Ernste, in: *Onderneming en ADR* (OenR nr. 66), Deventer: Kluwer 2011/14.

31. Aanvankelijk in samenwerking met Massachusetts Institute of Technology (MIT), Simmons en Tufts.

32. www.pon.harvard.edu.

33. W. Ury en R. Fisher, *Getting to Yes, negotiating an agreement without giving in*, London: Random House, 2012.

te komen moeten verkennen. Daarenboven moeten inhoud en relatie, die in een conflict vaak lelijk met elkaar vermengd zijn geraakt, gescheiden worden.

Mediation is niet meer of minder dan een onderhandelingsproces geleid door een derde.

Zakelijke mediation kan in Nederland rekenen op steeds meer belangstelling. In de literatuur is er recent aandacht aan besteed in onder meer de eerder aangehaalde bundel *'Onderneming en ADR'*, het themanummer *'Corporate Mediation'* van het tijdschrift *'Ondernemingsrecht'*³⁴ en door Assink en Ernste in *'Mediation: denkbaar alternatief voor een bestuurdersaansprakelijkheid procedure?'*³⁵

Mediation in de insolventiepraktijk werd in belangrijke mate bevorderd door een pilot bij de Rechtbank Amsterdam in 2012.³⁶

Inmiddels wordt ook in andere arrondissementen met mediation in de faillissementspraktijk (al dan niet in het kader van een pilot) gewerkt (onder meer in Midden-Nederland, Den Haag, Gelderland, Noord-Holland, Overijssel en Zeeland-West Brabant). Rechtbank Rotterdam heeft het krachtig aangepakt en begin dit jaar haar eerste bevindingen gepubliceerd.³⁷ Die laten zien dat het werkt. Alleen al door het idee van mediation te opperen, gingen veel partijen weer aan tafel en schikten zonder de hulp van een mediator en in elf van de twaalf zaken waarin wel een mediator werd ingeschakeld, werd een minnelijke regeling tot stand gebracht.

De Stichting Insolventie Mediation beijvert zich sinds 2016 om mediation in de faillissementswereld tot ontwikkeling te brengen.³⁸

Tideman³⁹ belicht in het hierboven aangehaalde artikel de voor- en nadelen van mediation in de geschillen tussen de curator en derden.

In geschillen tussen curator en bestuurder over onbehoorlijke taakvervulling of met pauliana of verrekening te kwader trouw als inzet, is er niet veel ruimte voor creatieve oplossingen. Wat de een (de curator) wil ontvangen komt echt uit

34. *Ondernemingsrecht* 2016/1, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

35. B.F. Assink en P.E. Ernste, in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 140.

36. Zie A. Draaier en T. van Hees, 'Pilot mediation in faillissementen', *TvI* 2013/40 en J.A.A. Adriaanse en E.J.M. Beukering-Rosmuller, 'ADR/Mediation bij (dreigende) insolventie', *TvA* 2014/51.

37. E.J. van Gruijthuisen en A.J. van Sprengen, 'Mediation in de Rotterdamse insolventiepraktijk: gewoon doen!', *Tijdschrift Financieringen, Zekerheden en Insolventiepraktijk* nr. 2, maart 2018.

38. www.insolventiemediation.nl, waar onder meer literatuur en casusposities te vinden zijn.

39. Tideman, *TvC* 2017/4.

de portemonnee van de ander (bestuurder of diens verzekeraar) en nergens anders vandaan.

Er kan dus alleen distributief onderhandeld worden en in zoverre mist mediation in de insolventiepraktijk een belangrijk aspect dat in andersoortige zakelijke geschillen zo behulpzaam is.

Anders dan in veel andere zakelijke geschillen (bijvoorbeeld binnen vennootschappen en in de distributiesfeer) hebben curator en bestuurder geen gemeenschappelijk verleden en al helemaal geen belang bij instandhouding van een relatie. Er zal over een weer niet veel (noodzaak tot) empathie zijn.⁴⁰

Een derde aspect dat mediation in geschillen over rechtmatigheidsvragen lastig maakt is dat over financiële belangen te onderhandelen valt, maar over normen en waarden niet.⁴¹

Uit het feit dat de resultaten die tot nu toe behaald zijn een hoog slagingspercentage laten zien, zou je echter kunnen afleiden dat de voordelen van mediation kennelijk ruim voldoende opwegen tegen deze nadelen.

Wat zijn dan die voordelen?

Allereerst het voordeel dat het onderhandelingsresultaat volledig in handen van partijen is. In de onderhavige geschillen is de uitkomst altijd zwart of wit. Een beetje mismanagement bestaat niet en een rechtshandeling is wel of niet met wetenschap van benadeling van schuldeisers uitgevoerd. Geen van beide partijen weet wat de uitkomst is. Er is dus alle aanleiding om de eigen kansen goed te wegen en goed te kijken naar de financiële uitkomsten van een schikking.

Ten tweede de beslotenheid en vertrouwelijkheid. Bij een mediation zijn in beginsel geen andere personen aanwezig dan de bij het geschil betrokken partijen, hun vertegenwoordigers en adviseurs⁴² en de mediator.

De partijen doen aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – geen mededelingen omtrent het verloop van de mediation, de daar ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie.⁴³ Partijen en de mediator tekenen hiervoor in de mediationovereenkomst en deze afspraak geldt als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW jo. artikel 153 Rv.⁴⁴

40. Tideman, *TvC* 2017/4.

41. Zie § 3 en Assink en Ernste.

42. Artikel 6 MfN Mediationreglement 2017.

43. Artikel 7 MfN Mediationreglement 2017.

44. In insolventiemediations wordt een uitzondering gemaakt voor het overleg tussen curator en rechter-commissaris.

Ten derde de snelheid. De gemiddelde mediation in verzekerings- en aansprakelijkheidskwesties omvat niet meer dan een of twee sessies en is meestal binnen zes weken afgerond.⁴⁵ De tot nu toe in insolventiegeschillen opgedane ervaring leert dat de doorlooptijd in deze kwesties daar niet veel van afwijkt. Als het al langer duurt, dan komt dat omdat partijen zaken moeten uitzoeken of met derden, die niet aan tafel zitten, moeten overleggen.

Voorts de deskundigheid. Dit voordeel heeft mediation gemeen met arbitrage en bindend advies. De mediation wordt gedaan onder leiding van een ter zake kundige mediator. Bovendien wordt voor een deelgeschil een deskundige, arbiter of bindend adviseur ingeschakeld.

Dat vereist een meer evaluatieve benadering van mediation dan in Nederland gebruikelijk is. Onderzoek door de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) onder advocaten, bedrijfsjuristen en managers,⁴⁶ die ervaring met mediation hebben opgedaan, leert dat de gebruikers groot voorstander zijn van mediators die niet alleen de leiding hebben over het proces maar ook, met gebruik van hun deskundigheid, al dan niet in de ‘caucus’ (het bilateraal overleg) hun – niet bindende – visie geven op juridische aspecten en zo nodig met een ‘mediators proposal’ komen.

Tot slot is het vanuit het perspectief van de curator een voordeel dat in de beslotenheid van een mediation de bestuurder vaak bereid is om een meer open discussie met de curator aan te gaan en niet star vast te houden aan zijn eigen gelijk en de kaarten tegen de borst te houden. De gemiddelde bestuurder, die zich niet schuldig heeft gemaakt aan handelingen die subjectief te kwader trouw zijn weet best dat hij beslissingen heeft genomen waar je vraagtekens bij kan zetten, al komt hij daar moeilijk vooruit.

Aan de zijde van de bestuurder speelt het spiegelbeeldige voordeel dat met een deskundige mediator aan tafel de machtsafstand tussen hem en curator wordt verkleind en de kans op een ‘level playing field’ wordt vergroot.

Anders gezegd, de aanwezigheid en interventies van een ervaren mediator, brengen een setting die partijen niet zelf kunnen creëren om de simpele reden dat zij – vanuit hun rol – onderdeel zijn van het geschil.

45. W.B.G. Neervoort, in: *Mediation in de verzekeringsbranche*, uitgave van de Nederlandse Vereniging van Mediators in de Verzekeringsbranche, Landsmeer 2014.

46. De voorlopige uitkomsten zijn gepresenteerd tijdens het jaarlijkse seminar van de Vereniging Zakelijke Mediation (ZAM) op 13 september 2018. Het volledig onderzoeksrapport door het Montaigne Centrum van de UvU wordt in het voorjaar 2019 verwacht.

12. Rol van de Rechter Commissaris

Wanneer de schikkingsbereidheid aan de zijde van de bestuurder er niet of onvoldoende is en wanneer er over en weer weinig empathie is, kan de rechter-commissaris een belangrijke rol spelen.

De belangrijkste taak van de rechter-commissaris is toezicht houden op het beheer en vereffening van de boedel. Die taak moet ruim worden opgevat. Leidend is het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De toetsing is gericht op rechtmatigheid, doelmatigheid en doelgerichtheid.⁴⁷

In het kader van met name de toetsing op doelmatigheid en doelgerichtheid, zou de rechter-commissaris op het moment dat de curator vraagt om toestemming om een procedure aanhangig te maken, oog moeten hebben voor de hierboven weergegeven aspecten, die onlosmakelijk verbonden zijn aan conflicten tussen de boedel en de bestuurder en dan met name het aspect dat de curator q.q. deel uitmaakt van het conflict.

Voor zover mij bekend is er geen wetenschappelijk onderzoek gedaan naar parameters waardoor de rechter-commissaris zich laat leiden bij het verlenen of onthouden van toestemming.

Ongetwijfeld kijkt de rechter-commissaris naar de juridische merites, naar de verhaalsmogelijkheden en naar de begrote kosten in relatie tot het belang. Maar een en ander wel op basis van de feiten zoals die door de curator worden gepresenteerd en waarbij hij het voorrecht heeft om het verweer van de bestuurder aan de rechter-commissaris te mogen overbrengen.

Een goede curator maakt, voordat hij op de voet van artikel 68 lid 2 Fw toestemming vraagt een kosten-batenanalyse, stapt niet lichtvaardig naar de rechter en zal pogen om met de bestuurder tot een vergelijk te komen.

Dat die poging niet slaagt ligt – zoals hierboven betoogd – niet per definitie aan de curator, maar vindt zijn oorzaak in de setting waarin partijen terecht zijn gekomen.

Juist dan kan de rechter-commissaris zijn positie aanwenden. Niet door de curator zijn toestemming te onthouden en terug te sturen naar de onderhandelingsstafel. Dat ondermijnt alleen maar de positie van de curator en helpt ook niet, want dan blijft de patstelling ongewijzigd. Wel door bij de curator door te vragen en erachter te komen waar de schoen nu werkelijk wringt. Zo nodig niet

47. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet: Heruitgave Van der Feltz II*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 2 en B. Wessels, in: *Polak-Wessels Deel IV Bestuur en Beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, p. 8.

alleen bij de curator, maar ook bij de advocaat van de bestuurder of door de bestuurder eens uit te nodigen voor een gesprek.

De rechter-commissaris kan mediation suggereren of voorstellen om een mediator een zogenaamde pré-scan te laten doen. Dan wordt een mediator gevraagd om met partijen te praten om te kijken of er voldoende basis gevonden kan worden voor een minnelijke regeling.

De rechter-commissaris gaat daarmee niet op de stoel van de curator zitten. In een goede verstandhouding zal de curator de hulp van de rechter-commissaris alleen maar op prijs stellen.

Een pré-scan (of pré-mediation) heeft het voordeel dat er nauwelijks kosten aan verbonden zijn. Een dergelijk onderzoek bestaat over het algemeen uit een gesprek met ieder der partijen (afzonderlijk) en de kosten zullen dus vaak aanmerkelijk lager uitvallen dan alleen al het griffierecht als een procedure wordt aangespannen.

13. Conclusie

Geschillen tussen curator en failliet en bestuurder van de failliet leiden tot conflicten. De inzet, in geld uitgedrukt, is vaak in absolute, maar zeker ook in relatieve zin, groot. De impact van deze conflicten overstijgt doorgaans het financieel belang. De kosten van een civiele procedure zijn relatief hoog en staan meestal niet in verhouding tot het nettoresultaat. De civiele rechtsgang duurt lang en belemmert de afwikkeling van het faillissement.

Voor alle betrokkenen zijn er voldoende redenen om het conflict als zodanig te beschouwen en niet als slechts een juridisch geschil. Daartoe is verdieping in conflictmanagement noodzakelijk. Net zo hard als kennis van het insolventierecht en financiële economie.

In het belang van de boedel en van zichzelf dient de curator alle denkbare methoden te onderzoeken om tot een tussenpartijdige oplossing te komen. Daartoe dient hij zich rekenschap te geven van de belangen van de boedel én van de wederpartij.

Van de rechter-commissaris mag verlangd worden dat hij zich niet te snel neerlegt bij de conclusie dat een gerechtelijke procedure de enige weg is om de pretense vordering van curator op de bestuurder te gelde te maken.

De failliet en de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon moeten een aantal weerstanden overwinnen om aan een tussenpartijdige oplossing mee te werken.

Met meer inzicht in conflicthantering kunnen de advocaten van de failliet en bestuurder hen daarbij helpen.

Conflictmanagement is maatwerk. Fraude moet bestreden worden. Als de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan opzettelijke benadeling van schuldeisers moeten de daarbij behorende maatregelen genomen worden en indien vrees voor verduistering bestaat, moet beslag gelegd worden. Maar de belangen zijn doorgaans het best gebaat bij tussenpartijdige oplossingen.

In ondernemingsrechtelijke kringen staan de alternatieven voor de gang naar de overheidsrechter – in het bijzonder arbitrage, bindend advies en mediation – steeds meer in de belangstelling.⁴⁸ De faillissementspraktijk mag daar niet bij achterblijven.

Mediation heeft een aantal onmiskenbare voordelen. Partijen hebben het onderhandelingsresultaat in eigen hand, het gaat snel, kost weinig, de slagingspercentages zijn hoog en het is daarmee een uitstekend middel om tot rechtmatige, doelmatige en doelgerichte afwikkeling van een faillissement te komen.

48. Zie Assink en Ernste 2017.

De nieuwe Insolventie-Advocaat

PH.W. SCHREURS¹

1. Inleiding

In 2017 hield ik bij aanvaarding van het voorzitterschap van Insolad een voordracht over de doelstellingen van de vereniging zoals het huidige bestuur die ziet.² Daarin gaat eerst en bovenal de aandacht uit naar verbetering van kwaliteit. Met die verbetering probeert Insolad bij te dragen aan een efficiënter en transparanter insolventieproces. In mijn voordracht vroeg ik kort aandacht voor de noodzaak die het bestuur ziet om, gelet op de aandacht die verschuift van liquidatie en afwikkeling naar herstructurering en preventie, de leden niet vooral op te leiden tot curatoren, maar hen breder te ontwikkelen en ook specialist te maken in dat pre-insolventieproces nu dat ook andere vaardigheden vraagt.³ Dat lijkt een vanzelfsprekende veronderstelling. In dit artikel probeer ik evenwel meer fundamentele voor dat standpunt te vinden.

Binnen het thema van de bundel dit jaar past ook een onderzoek naar de rol van de pre-insolventiefunctionaris ten opzichte van vooral de schuldenaar.⁴ Het meer en meer wortelen van pre-insolventiemaatregelen in de Nederlandse insolventiecultuur zal invloed hebben op de hier werkzame hoofdrolspelers, hun doelstellingen,

-
1. Flip Schreurs is advocaat corporate litigation bij Boels Zanders Eindhoven en als buiten-promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht, Radboud Universiteit. Dit artikel is uitdrukkelijk op persoonlijke titel geschreven en niet als bestuurslid van Insolad. Ik zou dit artikel niet hebben kunnen schrijven zonder het zeer uitvoerige (internationale) bronnenonderzoek van Sits Schreurs die bezig is met de Legal Research Master aan de Rechtenfaculteit van de Universiteit Utrecht.
 2. Te vinden op de website van Insolad via <https://static.basenet.nl/cms/105928/nieuwsbrief/Speech%20Vz%20Insolad%2020170912.pdf>.
 3. Insolad leidt overigens geen curatoren op maar insolventie-advocaten. Dat betekent dat beoogd wordt leden de competenties te verschaffen die nodig zijn om te adviseren ter zake insolventies. Daarbij wordt onmiskenbaar veel aandacht besteed aan de curator en diens werkzaamheden.
 4. Eerder onderzocht ik dit thema al in 'Tuingereedschap – Schoffelen en wieden in de voortuin van het faillissement', in: *De Gereedschapskist van de Curator, Insolad-bundel 2016*, waar ik de *tools* besprak die een (stille) bewindvoerder ten dienste staan. Een voorvraag stelde ik aan de orde in 'Hoe stil is de stille bewindvoerder eigenlijk?', *FIP* 2013, nr. 8.

hun gedrag en hun effectiviteit.⁵ Inmiddels hebben de ontwerp Richtlijn inzake herstructureringsrichtlijn⁶ en het consultatievoorstel WHOA⁷ het licht gezien. De Herstructureringsrichtlijn beoogt de lidstaten de verplichting op te leggen tot het invoeren van pre-insolventiemaatregelen (ook wel aangeduid als ‘preventieve maatregelen’, namelijk ter preventie van faillissement, het ten ondergaan van levensvatbare bedrijven en het verlies van werkgelegenheid). De WHOA is een voorstel dat op de invoering van de ontwerp Herstructureringsrichtlijn vooruitloopt.⁸ In beide ontwerpregelingen komen diverse functionarissen voor die met onafhankelijkheid moeten bijdragen aan het beoogde resultaat⁹ en in de consultatiebijdragen is daarop ook gereflecteerd.

In dit artikel probeer ik vooral grip te krijgen op de pre-insolventiefunctionarissen die in de WHOA geïntroduceerd worden. Daartoe wil ik, nu de Nederlandse praktijk er nog weinig ervaring mee heeft, een blik over de grens werpen en bezien hoe vergelijkbare functionarissen opereren in een aantal landen waar al pre-insolventiewetgeving in werking getreden is. Het gaat me daarbij om de onafhankelijke buitenstaander die op grond van zijn deskundigheid betrokken wordt bij een preventieve procedure.¹⁰ Rechtsvergelijkend onderzoek biedt

5. Tot voor enige jaren hadden we slechts de bewindvoerder in surseance, als pre-insolventie-instrument nooit erg populair geworden. In dit artikel sta ik niet stil bij de Wsnp bewindvoerder en de inmiddels aan zijn succes ten onder gegane stille bewindvoerder.
6. Gepubliceerd op 22 november 2016 (2016/0359) en een eerste addendum op 16 mei 2018 (2016/0359, 8813/18 ADD1). Op 24 september 2018 is een nader voorstel gepubliceerd dat op 1 oktober 2018 ter onderhandeling is toegestuurd aan het Europese parlement (2016/0359(COD) 12334/18).
7. Gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl/wethomologatie (inclusief de consultatiereacties). Naar verwachting wordt een wetsvoorstel gepubliceerd omstreeks het verschijnen van deze bundel.
8. Waarbij het opmerking verdient dat de WHOA niet geïnspireerd is op de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn, maar op de eerdere Aanbeveling C(2014) 1500 final, die de Europese Commissie op 12 maart 2014 liet uitgaan. Omdat de meeste lidstaten de daarin opgenomen uitnodiging tot het nemen van maatregelen onvoldoende invulling gaven heeft de Commissie besloten tot het publiceren van een verdergaande (want dwingende) richtlijn.
9. Zie daarvoor Hoofdstuk 1 van de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn: samengevat, het versterken van de reddingscultuur, het voorkomen van faillissementen, het behoud van levensvatbare ondernemingen en daarmee het behoud van werkgelegenheid.
10. De ontwerp Herstructureringsrichtlijn (recital 18) heeft het over “*een deskundige op het gebied van herstructurering, of dit nu een bemiddelaar is die de onderhandelingen over een herstructureringsplan ondersteunt danwel een insolventiedeskundige die toezicht houdt op de handelingen van de debiteur*”. Gelet op dit brede palet gebruik ik in dit artikel verschillende benamingen: insolventiedeskundige, functionaris, en dergelijke. Ik sta niet stil bij functionarissen die vergelijkbaar zijn met Wsnp-bewindvoerders (omdat ik mij beperk tot ondernemingen) en evenmin bij *chief restructuring officers*, omdat dat in de ideale situatie gewoon hele goede managers zijn die een normale statutaire bestuursfunctie vervullen en het niet moeten hebben van bijzondere regelgeving en hun onafhankelijke status. Evenmin sta ik stil bij de rol van de rechter.

inzicht in buitenlandse rechtssystemen en verschaft lering omtrent het eigen rechtssysteem. De in de WHOA geïntroduceerde functionarissen zijn geïnspireerd op eerder elders in Europa ingevoerde pre-insolventiefunctionarissen. Met deze rechtsvergelijking probeer ik daarom een beter begrip te verschaffen van de nog in Nederland te introduceren functionarissen en handvatten te zoeken voor een voor Nederland geëigende aanpak.

*“The soundness of every insolvency legislation depends on the quality of its practitioners: their legal quality, their integrity and their effectiveness.”*¹¹ Binnen Insolad zal moeten worden nagedacht over de rol die insolventieadvocaten in dat opzicht kunnen spelen, ook om zich te weer te kunnen stellen tegen de ambitie van andere beroepsgroepen. Enkele gedachten daaromtrent formuleer ik in dit artikel.

2. De voor Nederland relevante toekomstige regelgeving

In de thans circulerende concepten van de Herstructureringsrichtlijn en de WHOA komt een aantal bepalingen voor waarin gerefereerd wordt aan te benoemen functionarissen en hun rol. Hierna worden deze bepalingen uiterst summier uiteengezet.

a. Ontwerp Herstructureringsrichtlijn

De Ontwerp Herstructureringsrichtlijn beoogt aanpassing van insolventieprocedures om vroegtijdige herstructureringen mogelijk te maken en zo de reddingscultuur in de lidstaten te versterken.¹² Uitgangspunt daartoe is dat de debiteur *in possession* en daarmee het bestuur aan het roer van de onderneming blijft en dus niet in elke situatie een onafhankelijke functionaris¹³ wordt benoemd. Met name in de gevallen waarin executiemaatregelen worden opgeschort of (groepen van) crediteuren tegen hun wil aan een akkoord kunnen worden gebonden, is benoeming van een dergelijke onafhankelijke functionaris

11. E. Dirix, aangehaald in: Wessels en Madaus, *Rescue of Business in Insolvency* 2017, p. 105.

12. Het nut van pre-insolventiemaatregelen wordt al eeuwen onderkend. Als een burger van het middeleeuwse Amsterdam te veel schulden had gemaakt werd hij, als er geen andere regelingen meer mogelijk waren, driemaal om de Dam geleid (en nog eerder waarschijnlijk rond het toenmalige stadje zelf). Daarbij werd gevraagd of er nog iemand was die borg voor hem wilde staan. Pas daarna kon de poorter (inwoner) door deze ontpoortingsprocedure uit de gemeenschap worden gestoten en eventueel worden gegijzeld. G. Mak, *Een kleine geschiedenis van Amsterdam* 2005, p. 55.

13. Zoals bijvoorbeeld een curator in geval van faillissement zou zijn.

evenwel mogelijk.¹⁴ Dat kan zowel een ondersteunende bemiddelaar zijn als een toezichthouder met meer of minder bevoegdheden.¹⁵

b. WHOA

In het consultatievoorstel voor de WHOA dat op 5 september 2017 werd gepubliceerd, is voorzien in een (binnen de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn passende) regeling op grond waarvan een schuldenaar een akkoord kan aanbieden aan (een deel van) zijn schuldeisers. Indien dat gebeurt kan de schuldenaar de rechtbank ook vragen om executiemaatregelen vooralsnog op te schorten. Indien de schuldenaar, daartoe aangespoord door een of meer crediteuren, niet of niet snel genoeg overgaat tot het aanbieden van een akkoord of een kansloos voorstel doet, dan wel het akkoord niet wordt gehomologeerd, kan de rechtbank, op verzoek van crediteuren een insolventiedeskundige benoemen. Die kan dan zelfstandig een akkoord aanbieden. Indien een aangeboden akkoord niet door alle (klassen van) schuldeisers wordt aanvaard kan het dwingend aan de niet instemmende crediteuren worden opgelegd na homologatie door de rechtbank. De rechtbank kan, ook in de situatie dat de schuldenaar een serieus akkoord aanbiedt, een deskundige benoemen om een beredeneerd verslag op te stellen op basis waarvan verdere beslissingen kunnen worden genomen.¹⁶ De rechtbank kan overigens ook op grond van de zogenaamde maatwerkbepaling¹⁷ een deskundige benoemen die het traject ‘monitort’.¹⁸

In zowel de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn als de WHOA is het uitgangspunt dat de schuldenaar *in possession* blijft. Aangenomen wordt dat daarvan een stimulerende werking uitgaat om in een vroegtijdig stadium financiële problemen proactief aan te pakken door middel van herstructureringsmaatregelen. De (onafhankelijke¹⁹) functionaris komt pas in beeld indien daarvoor een concrete bijzondere aanleiding bestaat. In dit artikel onderzoek ik in

14. Artikel 5 Ontwerp Herstructureringsrichtlijn.

15. Ovw. 18 Ontwerp Herstructureringsrichtlijn.

16. Artikel 376, lid 3 consultatievoorstel WHOA.

17. Artikel 377 consultatievoorstel WHOA.

18. In zijn op 11 september 2018 gepubliceerde tiende voortgangsbrief inzake de herijking van het faillissementsrecht (www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/09/28/tk-voortgangsbrief-programma-herijking-faillissementsrecht) heeft de Minister laten weten dat een wetsvoorstel op korte termijn naar de Ministerraad en nadien voor advies naar de Raad van State wordt gestuurd.

19. In Nederland is dit altijd het uitgangspunt. In andere rechtssystemen is benoeming van een insolventiedeskundige op verzoek en naar keuze van de schuldenaar respectievelijk schuldeisers mogelijk. Zie hierna ook § 4.

hoeverre deze uitgangspunten van invloed zijn op zijn competenties en de invulling van zijn taak.²⁰

3. Een blik over de grens

Nederland loopt in Europa niet voorop waar het pre-insolventiemaatregelen betreft.²¹ In een aantal van de overige lidstaten zijn sinds het begin van deze eeuw dergelijke voorzieningen geïntroduceerd. Hieronder bespreek ik (binnen het bestek van dit artikel uiterst summier) enkele van dergelijke regelingen die als inspiratie kunnen dienen bij het verfijnen van het toekomstige Nederlandse systeem.^{22, 23} Ik heb gekozen voor de nabij gelegen landen Duitsland, België en Frankrijk en de mediterrane landen Spanje, Portugal en Italië, waar op het eerste gezicht wat meer nadruk op bemiddeling ligt. Engeland loopt Europees voorop en kan dus evenmin ontbreken. Ik wijd kort aandacht aan de Verenigde Staten, dat samen met Engeland als voornaamste inspiratiebron voor de voorgestelde regeling geldt.²⁴ Helaas blijkt over de rol van de diverse functionarissen overigens nog maar beperkt literatuur van evaluerende aard beschikbaar.²⁵

België

Een eerste mogelijke preventieve maatregel is de aanstelling van een *ondernemingsbemiddelaar*.²⁶ Dat gebeurt door de rechtbank en uitsluitend op verzoek

20. Ik doe dat op grond van de veronderstelling dat het uitgangspunt de functionaris mede ‘vormt’. Het doel van de regelingen heeft niet alleen bepaalde functionarissen nodig, maar creëert ook bepaalde functionarissen.

21. Het gaat buiten het bestek van dit artikel om stil te staan bij het gegeven dat deze achterstalligheid in extreme situaties (de zogenaamde ‘noodzaakfinancieringszaken’) heeft geleid tot ingrijpen via de Ondernemingskamer.

22. Hierbij onder meer steeds puttend uit het zeer uitgebreide overzicht van Veder, Booms en Pannevis, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma Herijking Faillissementsrecht*. Online raadpleegbaar: www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2315-faillissementsrecht.aspx.

23. Herstructureringsregelingen waar een onafhankelijk functionaris geen specifieke rol speelt, laat ik in feite buiten beschouwing, zoals bijvoorbeeld de Scheme of Arrangements in Engeland.

24. Memorie van toelichting WCO II, p. 11-12 (2014).

25. Met name herzieningswetgeving in Engeland en Spanje heeft aanleiding gegeven tot artikelen waar wordt stilgestaan bij de ervaringen die zijn opgedaan door pre-insolventie-functionarissen. Het uitputtend opgezette ELI-rapport van Wessels en Madaus, *Rescue of Business in Insolvency*, uit 2017 is gebaseerd op uitvoerige rapportages van nationale specialisten, maar bevat veelal een beschrijving van de geldende regelgeving en slechts in beperkte mate een beschrijving van ervaringen die daarmee zijn opgedaan. Er is meer Amerikaanse literatuur maar dat is (behoudens een kleine uitzondering) buiten het onderzoek gehouden.

26. Artikel 13 WCO.

van de schuldenaar, die daarbij ook kan aangeven welke persoon volgens hem de voorkeur verdient. De ondernemingsbemiddelaar heeft slechts een ondersteunende taak en werkt in opdracht van de schuldenaar. Zijn belangrijkste rol is het begeleiden van de onderhandelingen tussen de schuldenaar en diens schuldeisers met het oog op het sluiten van een buitengerechtelijk akkoord.

Een iets verdergaande maatregel is het openen van de *gerechtelijke reorganisatie*. Binnen deze procedure zijn verschillende mogelijkheden, waartussen ook gewisseld kan worden: een minnelijk akkoord, een collectief akkoord of de overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag.²⁷ De schuldenaar heeft het in de gerechtelijke reorganisatie zelf voor het zeggen (*in possession*). Is er sprake van een ernstige situatie, dan kan op verzoek van een schuldeiser een *gerechtsmandataris* worden aangesteld die in voorkomende gevallen door de rechtbank met een specifieke opdracht belast wordt, zoals de oplossing van een concreet probleem of onderhandeling met een bepaalde partij.²⁸ Die gerechtsmandataris wordt altijd benoemd indien overdracht van de onderneming wordt beoogd. De schuldenaar is daartoe dan zelf niet bevoegd.²⁹ De rechter speelt in deze systematiek een relatief actieve en betrokken rol.

Frankrijk

In de *mandat ad hoc* verzoekt de verder volledig bevoegde schuldenaar aan de rechtbank om een bemiddelaar aan te wijzen die hem bijstaat met het in kaart brengen van de problemen en in de vertrouwelijke onderhandelingen met schuldeisers om een akkoord te bewerkstelligen.³⁰ De *mandataire* bemoeit zich niet met het bestuur van de onderneming. Hoewel in de praktijk de *mandataire* reeds als adviseur betrokken is bij de schuldenaar, vervult hij een bemiddelende rol in de onderhandelingen tussen de onderneming en haar schuldeisers. Hij kan ook een specifiekere rol innemen, bijvoorbeeld bij het oplossen van een aandeelhoudersgeschil.³¹

Een (veelal aansluitende) iets verdergaande maatregel is de *conciliation*. Het belangrijkste verschil met de *mandat* is dat het akkoord ter bevestiging of homologatie aan de rechtbank wordt voorgelegd en daarmee bindend wordt.

27. Artikel 16 WCO.

28. Artikel 14 WCO.

29. Vanmeenen, *WCO, de Belgische app voor ondernemers in moeilijkheden*, p. 200. Zie ook E. Dirix, 'De nieuwe Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen', *TvI* 2009/16.

30. Artikel 611-3 CC.

31. Z. Crhová, M. Paseková, *A Comparative Analysis of Insolvency Proceedings in France, Germany and Slovak Republic*, p. 2890; J.-C. Bancal, *French Judges' Far Reaching Powers in Partners and Shareholders Disputes*, p. 7.

Van de *conciliateur* wordt een meer actieve rol verwacht, bijvoorbeeld bij het adviseren over de gewenste herstructureringsmaatregelen.³²

Ingrijpender is de *sauvegarde*. Wederom op eventueel aanwijzen van de debiteur benoemt de rechtbank een *administrateur* die formele bevoegdheden krijgt om preventieve maatregelen uit te werken en te nemen. De plannen moeten leiden tot voortzetting in geherstructureerde vorm. De dagelijkse bedrijfsleiding blijft echter bij de debiteur.³³ Naast de *administrateur* wordt een *mandataire judiciaire* benoemd die tot taak heeft de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen.³⁴

Engeland

In de *administration* wordt (in de meeste gevallen: door de rechtbank³⁵) op verzoek van de schuldenaar of schuldeisers een *administrator* benoemd, die in het belang van de gezamenlijke crediteuren streeft naar een herstructurering. Dat kan uitmonden in het redden van het bedrijf of in een liquidatie daarvan. De *administration* mondt veelal uit in een Company Voluntary Arrangement (CVA) of in een Scheme of Arrangements (SoA) of een combinatie daarvan.³⁶ Tijdens de *administration* geldt een moratorium voor executiemaatregelen en is het bestuur van de vennootschap slechts beperkt bevoegd. De *administrator* is een gekwalificeerde functionaris. Hij is degene die de voorstellen formuleert en de uitvoering ervan bewaakt. In geval een CVA wordt voorgesteld aan de crediteuren wordt een insolventiedeskundige als *nominee* voorgedragen ter bewaking daarvan. Na aanvaarding van de CVA wordt deze benoemd tot *supervisor*. De SoA leidt verder niet tot benoeming van een specifieke functionaris.³⁷

32. Artikel 611-6 en 611-7 CC. Zie ook: E. Cafritz, L. Assaya en J. Gillespie, *Reform of French Bankruptcy Law: Adoption of the Business Safeguard Act*, p. 563-564.

33. Artikel 622-1 en 622-3 CC.

34. E. Cafritz, L. Assaya en J. Gillespie, *Reform of French Bankruptcy Law: Adoption of the Business Safeguard Act*, p. 565-568.

35. Het is ook mogelijk om de administrator out-of-court te benoemen. Zie Schedule B1 IA, § 10-34; H. Smithson, 'Role of Insolvency Practitioners in Restructuring and Bankruptcy in the UK', in: T.M. Hajjiri, A. Cohen (eds.), *Global Insolvency and Bankruptcy Practice for Sustainable Economic Development*, London: Palgrave Macmillan 2016, p. 53.

36. De SoA wordt het meest toegepast.

37. Kastrinou en Jacobs, 'Pre-insolvency procedures: a United Kingdom and South African perspective', in: R. Parry en P. Omar (eds.), *Reimagining rescue*, Nottingham: INSOL Europe 2016, p. 97-101.

Spanje

In Spanje is in 2013 een buitengerechtelijke akkoordregeling ingevoerd om een einde te maken aan de grote achterstanden bij de rechterlijke macht.³⁸ Het initiatief voor een akkoord ligt bij de schuldenaar die vraagt om benoeming van een gekwalificeerde bemiddelaar met insolventie-expertise. Die beoogt in een korte, efficiënte procedure te komen tot een buitengerechtelijk akkoord en ziet toe op de nakoming daarvan.³⁹ De insolventiebemiddelaar moet voldoen aan uitvoerige wettelijke vereisten, waaronder onder meer 100 uur mediationtraining.⁴⁰ Het is geen gewone mediator die beoogt overeenstemming tussen partijen te bereiken, maar veeleer een insolventie-expert die een plan opstelt en met zijn bijzondere mediationvaardigheden probeert over dat plan op korte termijn overeenstemming te bewerkstelligen.^{41, 42}

Duitsland

De Duitse faillissementsprocedure is in twee delen op te delen. De voorlopige insolventieprocedure en de (normale) insolventieprocedure. Zodra een debiteur bij de rechtbank verzoekt om opening van een insolventieprocedure, stelt de rechtbank een voorlopige curator en (afhankelijk van de grootte van het bedrijf) een crediteurencommissie aan. Veelal is dan ook een *Schutzschirmverfahren* van toepassing (afkoelingsperiode). De voorlopige insolventieprocedure wordt gebruikt om te beoordelen of sprake is van insolventie en of er genoeg geld is om de curator te betalen. De crediteuren kunnen deze tijd gebruiken om een kandidaat te nomineren die (eerst voorlopig, daarna definitief) als curator kan optreden. Binnen deze procedure kan zowel de curator als de schuldenaar een Insolvenzplan aanbieden. Als de onderneming echter een faillissement wil vermijden en wil en kan herstructureren, ligt het in de rede dat gebruik wordt gemaakt van de *Eigenverwaltung*. Daarbij blijft de debiteur *in possession* en krijgt drie maanden om zijn schulden te herstructureren. De debiteur staat onder toezicht van een *Sachwalter* (naar eigen voorkeur) die onder meer de financiële

38. De Acuerdo Extrajudicial de Pagos, opgenomen in artikel 233-241 Ley Concursal.

39. Tirado, *Out of Court Debt Restructuring in Spain, A Modernised Framework*, p. 9-10.

40. Spanje heeft als een van de weinige Europese lidstaten maximaal uitvoering gegeven aan de Europese Mediation Richtlijn 2008/52/EG. Wessels en Madaus, p. 126.

41. C. Senes, *El Acuerdo Extrajudicial de Pagos: Alternativa Efectiva Al Concurso de Acreedores*, p. 58, online raadpleegbaar: <https://dictum-abogados.bthemattic.com/files/2014/03/RevistaDerechoCivil-acuerdo-extrajudicial-de-pagos.pdf> (2014).

42. De sterke nadruk op mediation in het Spaanse systeem is inmiddels iets afgezwakt. A. Bou, 'Too many ineffective amendments to the Spanish Insolvency Law', *International Corporate Rescue* 2015, p. 162; P. Galeote, *Mediación Concursal el Acuerdo extrajudicial de pagos y el mediador concursal*, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2659255>.

positie onderzoekt en controleert. De debiteur behoudt verder daadwerkelijk de controle over de bedrijfsvoering en heeft het initiatief ten aanzien van de saneringsvoorstellen. De Duitse wetgever heeft er expliciet naar gestreefd in deze fase een niet al te ‘sterke’ *Verwalter* naast de schuldenaar te zetten omdat dat het vertrouwen van stakeholders in de bedrijfsleiding en het door haar beoogde herstructureringsplan kan verstoren.⁴³ De precieze invulling blijft afhankelijk van de relatie die de *Eigenverwalter* en de *Sachwalter* met elkaar en met de stakeholders opbouwen.⁴⁴

Italië

In Italië zijn drie preventieve procedures beschikbaar. Zowel in de *piani attestati di risanamento* (‘herstructureringsplan’) als in het *accordo di ristrutturazione dei debiti* (gehomologeerd herstructureringsplan) moet een onafhankelijk expert met name een oordeel geven over de financiële haalbaarheid van het plan. Deze procedures worden voornamelijk gebruikt voor het saneren van de verhoudingen met (enkele) financiële schuldeisers. Ik laat deze verder onbesproken omdat daarin in beginsel slechts financiële deskundigen een (onafhankelijke) bijdrage leveren. In de ‘concordato preventivo’ (gerechtelijk dwangakkoord) wordt, onder toepasselijkheid van een moratorium, gestreefd naar een gerechtelijk dwangakkoord. In dat kader wordt naast de financiële expert een *commisario giudiziale* benoemd, die als bewindvoerder ruime bevoegdheden heeft. Hij beoordeelt het plan, ziet toe op de nakoming en mag ook concurrerende opties onderzoeken en aandragen.⁴⁵ Hoewel de *commissario giudiziale* niet uit een beperkte geregistreerde groep deskundigen wordt gekozen, geldt hij wel als een publieke functionaris.⁴⁶

Portugal

In de *Processo Especial de Revitalização* is sprake van een afkoelingsperiode en de aanstelling van een insolventiedeskundige. De taken en bevoegdheden van die functionaris kunnen door de rechtbank geheel op maat worden toegesneden.^{47,48}

43. Schuijling, ‘Hervorming van het Duitse insolventierecht: versterking van het reorganiserend vermogen’, *TvI* 2012/15 en *Bundestag Drucksache* 17/57612, p. 39.

44. Prof. Dr. S. Madaus, *Zustand und Perspektiven der Eigenverwaltung in Deutschland*, p. 12, Die Deutung der Rolle des Sachwalters.

45. G. Battaglia en A. Tavella, ‘The Italian Settlement with Creditors Procedure’, *Insolvency en Restructuring Int’l* 2015, 30, p. 32-33.

46. Artikel 163-165 jo. artikel 28 Legge fallimentare (LF).

47. Artikel 33 Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

48. Oliveira, *28 Months later – early study on Portuguese Reorganizations*, p. 13-14, online raadpleegbaar: https://run.unl.pt/bitstream/10362/18621/1/Oliveira_2016.pdf.

Van belang is dat de wet vergt dat hij deelneemt aan de onderhandelingen over een akkoord, de voortgang daarvan leidt en bewerkstelligt en belemmeringen door betrokkenen moet zien te vermijden.^{49, 50}

Een opvallende variant is de *Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extra-judicial* waar in een buitengerechtelijk mediationtraject onder toezicht van een publieke organisatie⁵¹ mediation plaatsvindt over een financiële reorganisatie. Naast deze publieke bemiddeling is opvallend dat overheidsorganen ook verplicht zijn deel te nemen aan die mediation.⁵²

Verenigde Staten

Buiten het bestek van dit op de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn geënte artikel valt het Amerikaanse systeem waarin de *debtor in possession* slechts onder toezicht van de rechter herstructureert. Niettemin zijn er uitzonderings-situaties waarin toch de benoeming van een *trustee* nodig wordt geacht, waardoor het management opzij wordt gezet, met name als er vermoedens van fraude zijn.⁵³ Ook bestaat er de mogelijkheid om een *examiner* te benoemen, die bepaalde kwesties nader kan onderzoeken. Het American Bankruptcy Institute heeft voorstellen ontwikkeld om de voordelen van een buitenstaander verdergaand te benutten. Daartoe is de figuur van een *estate neutral* ontwikkeld, die een volstrekt flexibel in te vullen rol zou kunnen spelen, waaronder met name de beslechting van geschillen en het opvangen van informatieasymmetrie.^{54, 55}

49. Portugal heeft als een van de weinige Europese lidstaten volledig uitvoering gegeven aan de Europese Mediation Richtlijn 2008/52/EG. Wessels en Madaus, p. 126.

50. Artikel 17D, lid 9 Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

51. IAPMEI (Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas). Zie uitvoerig hierover: C. Serra, 'New kid in town: The corporate restructuring mediator', *Eurofenix*, autumn 2018, p. 36-37.

52. B. Ferreira, 'The Law of Corporate Restructuring and Insolvency in Portugal: A Brief Introduction from a Financial Creditor's Perspective', 5 *Insolvency en Restructuring Int'l* 2011, 16.

53. Maar het blijven echt uitzonderingen, namelijk slechts in 3.6% van de grotere Chapter 11-cases; S. Korch, 'Chapter 11, Corporate Governance and the Role of Examiners', 34 *Emory Bankr. Dev. J.* 2018, p. 427-428. Wessels en Madaus noemen 7%, p. 134.

54. S. Korch, 'Chapter 11, Corporate Governance and the Role of Examiners', 34 *Emory Bankr. Dev. J.* 2018, 411, p. 414-415.

55. Wessels, 'Proposed recommendations for the reform of chapter 11 U.S. Bankruptcy Code', *Ondernemingsrecht* 2015/37, § 17-19.

4. Enige vergelijkingen betreffende de verschillende functionarissen

De Ontwerp Herstructureringsrichtlijn beoogt in de lidstaten van de Europese Unie preventieve maatregelen beschikbaar te maken. De behoorlijk grote verschillen die voorkomen in de lidstaten die daarover al beschikken (zoals blijkend uit de summiere beschrijvingen in het vorige hoofdstuk) verklaren waarom de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn zo een enorm breed palet aan mogelijkheden probeert te omvatten. De Ontwerp Herstructureringsrichtlijn is daardoor ook wel wat diffuus.⁵⁶ Die verschillen komen niet alleen voort uit culturele verschillen, maar ook uit de onderliggende grote verschillen die de nationale rechtsstelsels hebben.⁵⁷ Zonder een specifieke volgorde aan te houden zijn relevante verschillen waar te nemen op onder meer de volgende aspecten.

De (krachts)verhoudingen tussen de schuldenaar en de functionaris verschillen van systeem tot systeem. Aangenomen wordt dat preventieve maatregelen meer kans op succes hebben als ze in een eerder stadium kunnen worden genomen.⁵⁸ Daarom wordt het zinvol geacht om geen al te hoge drempel op te werpen voor de toegang tot preventieve maatregelen⁵⁹ en wordt gestimuleerd dat schuldenaren controle over de onderneming behouden: het *debtor in possession* (of DIP)-model. De keerzijde daarvan is dat de crediteuren, meer dan de ondernemer,⁶⁰ op dat moment het financiële belang bij de onderneming hebben en de informatieasymmetrie in hun nadeel werkt waardoor toezicht van een objectieve buitenstaander vereist is: het *trustee*-model.⁶¹ In de speurtocht naar een systeem dat de voordelen van beide systemen in zich verenigt zien we verschillende uitwerkingen.⁶²

56. De vaagheid is bovendien alleen maar toegenomen tijdens de eerste onderhandelingsronde die afgerond is op 16 mei 2018 (2016/0359, 8813/18 ADD1) en de tweede die is afgerond op 1 oktober 2018 (2016/0359(COD) 12334/18).

57. In de considerans van de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn (p. 6) wordt het als volgt beschreven: “Het voorstel beoogt geen harmonisering van belangrijke aspecten van insolventie (...) Hoewel dergelijke regels nuttig zouden zijn om volledige grensoverschrijdende zekerheid tot stand te brengen (...) blijkt de huidige diversiteit in het rechtsbestel van de lidstaten op het gebied van insolventieprocedures te groot om te overbruggen, gezien de talrijke verbanden tussen de insolventiewetgeving en aanverwante gebieden van het nationaal recht, zoals belasting-, arbeids- en socialezekerheidswetgeving.”

58. Volgens de Doing Business-index 2016 van de Wereldbank is het recuperatiepercentage in landen met een herstructureringscultuur gemiddeld 83% en met een liquidatiecultuur gemiddeld 57%.

59. Het gaat dan vooral om het criterium insolvent of voorzienbaar insolvent.

60. Zeker indien deze ook als aandeelhouder betrokken is.

61. Zie S. Korch, ‘Chapter 11, Corporate Governance and the Role of Examiners’, 34 *Emory Bankr. Dev. J.* 2018, 411.

62. N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord, grondslagen en raamwerk*, 2018, met name hoofdstuk 6 en 7.

De insolventiefunctionaris kan ‘boven’ de bestuurder staan doordat hij bijvoorbeeld (al dan niet uitsluitend) bevoegd is bij het beheer van de vermogensbestanddelen of het recht heeft de bestuurder te ontslaan. Ik ben van mening dat het daarbij niet alleen aankomt op formele macht maar ook op informele macht.⁶³ Zo is een surseancebewindvoerder op grond van artikel 228 Fw gezamenlijk met de bestuurder bevoegd te handelen en dus nevengeschikt. Omdat de bewindvoerder het echter zelfstandig in zijn macht heeft⁶⁴ omzetting in faillissement te bewerkstelligen (waarna hij als curator alléén beschikkingsbevoegd is) is in de Nederlandse surseancepraktijk de bestuurder de facto ondergeschikt aan de bewindvoerder.⁶⁵

Anderzijds zijn er voorbeelden te vinden waarin de functionaris meer werkelijk nevengeschikt lijkt, zoals de Duitse *Sachwalter* en de Franse *conciliateur*. In beide functies zijn er taken en bevoegdheden waarin de bestuurder het alleen voor het zeggen houdt en is er een beperkt takenpakket waarop de functionaris zijn invloed kan uitoefenen. Het is de *conciliateur* uitdrukkelijk niet toegestaan zich te mengen in het management van de onderneming.⁶⁶ In Engeland werd, voor de recentere wetswijzigingen, over de nominee geschreven: “(...) *the role of nominee is often viewed by insolvency practitioners as involving more responsibility than power (which is largely left with the incumbent management).*”⁶⁷

In het pure DIP-model verandert er in de bevoegdheden niets: de *debtor* gaat voort met bestuur en beheer en moet door informatieverschaffing en overtuigingskracht zijn schuldeisers zover zien te krijgen genoeg te nemen met een of andere regeling. In het kader van de hiervoor besproken preventieve maatregelen valt op dat bij toepassing van een DIP-model ‘zware’ functionarissen (pas) in beeld komen indien er sprake is van onduidelijkheden, dreigend misbruik of als crediteuren de behoefte voelen aan herstel van evenwicht.

63. Zoals eerder betoogd in de in voetnoot 4 bedoelde artikelen.

64. Op grond van artikel 242 Fw.

65. Ik ga verder niet in op de bekend veronderstelde argumenten op grond waarvan de surseance als preventief instrument tekortschiet.

66. Zelfs in faillissement treedt dit aspect soms aan de dag. Zo is de rol van de statutaire bestuurder ten opzichte van een faillissementscurator niet geheel uitgespeeld. Vennootschapsrechtelijk blijft hij bevoegd en geeft op die wijze met enige regelmaat voedsel voor conflicten, met name waar de vennootschap vertegenwoordigd moet worden. Inmiddels is duidelijk dat waar de vermogensrechtelijke belangen van de vennootschap geraakt worden, de curator altijd (exclusief) bevoegd is. Het gaat buiten het bestek van dit artikel om hier nu dieper op in te gaan.

67. G. Yeowart, ‘Encouraging Company Rescue: What Changes are Required to UK Insolvency Law’, 3 *Law en Fin. Mkt. Rev.* 2009, 517.

Ten slotte komt ook de variant voor dat er naast de neven- of ondergeschikte functionaris een zelfstandige functionaris is met een specifieke taak in het belang van de crediteuren. Zo wordt in de Franse *sauvegarde* naast de *administrateur* eventueel ook nog een *mandataire judiciaire* benoemd die met name de belangen van de crediteuren behartigt.⁶⁸

Een volgend inhoudelijk verschil hangt samen met de vraag wie in doorslaggevende mate het initiatief heeft tot de procedure: de debiteur, de crediteur (en), of een combinatie.

Gegeven de stimulerende werking die toegedicht wordt aan het DIP-model om problemen niet te ontlopen maar op te lossen, ligt in bijna alle preventieve systemen het initiatief bij de schuldenaar.⁶⁹ Die kan toepassing van de regeling verzoeken en daarmee bescherming zoeken tegen executiemaatregelen of de onzekerheid wegnemen die de verschaffer van een noodkrediet bedreigt. Slechts in enkele landen hebben crediteuren van stond af aan de mogelijkheid om de debiteur te dwingen in preventieve actie te komen, zoals in Engeland.⁷⁰ Indien de debiteur onvoldoende voortvarend optreedt of (kwali)jker de bescherming van de preventieve maatregelen lijkt te misbruiken, wordt de invloed van crediteuren doorgaans vergroot. Dat kan door de instelling van een crediteurencommissie of door invloed van de crediteuren op de (aanstelling van) de insolventiedeskundige⁷¹ naast de stem die de crediteur houdt bij stemming over de voorgestelde regeling. Ik veronderstel⁷² dat een functionaris wiens benoeming geïnitieerd wordt door crediteuren een grotere neiging zal hebben hun belangen te adresseren.

68. E. Cafritz, L. Assaya en J. Gillespie, *Reform of French Bankruptcy Law: Adoption of the Business Safeguard Act*, p. 565-568.

69. Terzijde merk ik op dat in de thans in Nederland bestaande insolventieprocedures geen eenstemmige duidelijkheid is over de vraag of de *debiteur* invloed kan uitoefenen op de te benoemen functionaris bij een verzoek tot verlening van surseance of een eigen verzoek tot faillietverklaring. Bij sommige rechtbanken is daarover (meestal niet schriftelijk vastgelegd) beleid, maar dat verschilt: soms worden suggesties welwillend in overweging genomen, soms bewust genegeerd. Voor de crediteur zie hierna.

70. Al moet worden opgemerkt dat voor zover mij bekend in alle systemen de dreiging door een crediteur met een faillissementsaanvraag op zichzelf mogelijk is en, naar ik veronderstel, regelmatig de concrete aanleiding zal zijn voor de debiteur om in actie te komen.

71. In Engeland kan een out of court benoeming plaatsvinden, zie hiervoor noot 35. In Duitsland hebben crediteuren het recht een Insolvenzverwalter te kiezen. Dit heeft inmiddels geleid tot verkiezingen en tot publieke ratingsystemen over de effectiviteit van de Insolvenzverwalter. J. Willcock, 'Three Areas of Insolvency Reform: Global, the UK and Germany', 4 *Insolvency and Restructuring Int'l* 2010, 9, p. 11-12. Zie ook hierna noot 78.

72. Maar bij gebrek aan onderzoek of bewijs ook niet meer dan dat.

Er zijn vervolgens verschillen waarneembaar in de inhoudelijke taak die de wetgever aan de functionaris heeft toebedacht bij het tot stand brengen van het akkoord. Enerzijds komen er functionarissen voor die in feite adviseur van de schuldenaar zijn en waarvan ook expliciet vastligt dat er geen bezwaar is indien die persoon voorafgaand aan de toepassing van de procedure al een adviseursrol voor de schuldenaar heeft vervuld. In België, Frankrijk, Duitsland en Engeland is dat in ieder geval in meer of mindere mate mogelijk.⁷³

In het spectrum opschuivend zijn er anderzijds ook functionarissen die vanuit die adviesrol opschuiven naar een meer onafhankelijke positie omdat zij daadwerkelijk moeten gaan bemiddelen of mediaten tussen de stakeholders. Zoals aangegeven kan in Engeland een functionaris als *nominee* betrokken zijn bij het ontwerp van de CVA en daarna als *supervisor* belast met de uitvoering en bewaking. Zijn taak verandert dan mee: “*Negotiating as a go-between with the company and creditors is a core element as to what the nominee must do. (...) A supervisor’s role is to agree creditors’ claims and pay creditors according to the terms of the CVA.*”⁷⁴ Met name in Spanje en Portugal ligt erg veel nadruk op de mediationfunctie van de betrokken functionaris, met als doel zo snel mogelijk tot een aanvaardbare regeling te komen.⁷⁵

De pure ‘beslissers’ – al dan niet in gezamenlijkheid met de schuldenaar – sluiten de rij. Zij spelen vooral een rol bij de te continueren bedrijfsvoering.⁷⁶

73. “*The structure of CVAs requires the active intervention of an IP to act as a nominee for the proposal and to supervise the process once agreed. In practice, it is usually the case that the IP will also act as an advisor to management when drawing up the proposal. This close intervention by an experienced professional is appropriate because of the inexperience of management and the need for dispassionate decisions.*” T. Mocroft, *Companies cannot do it alone: An investigation into UK management attitudes to Company Voluntary Arrangements (CVAs) (CSFI)* 2004, p. 13. In Engeland zijn na het zogenaamde Graham-rapport strikte regels ingevoerd om misbruik van pre-insolventiemaatregelen te voorkomen. Eén daarvan is dat de *insolvency practitioner* nauwgezet zijn relatie tot de schuldenaar moet onderzoeken en beschrijven in een zogenaamde SIP-16-statement.

74. Report R3, *Company Voluntary Arrangements: Evaluating Success and Failure* sub 9.4, 2018. Online raadpleegbaar: www.r3.org.uk/media/documents/policy/policy_papers/corporate_insolvency/R3_ICAEW_CVA_Report_May_2018.pdf.

75. In Engeland wordt overigens wel een bemiddelende rol toegedicht aan de *supervisor* ten aanzien van informatievervalsing door de schuldenaar aan zijn crediteuren: *A Review of the Corporate Insolvency Framework, Summary of Responses*, september 2016, p. 7 sub 2.21.

76. In België wordt een dergelijke rol gespeeld door de gerechtsmandataris. In Engeland is gediscussieerd over ‘the right skillset for restructuring’ en de vraag of turnaroundspecialisten die niet meer hebben dan *insolvency practitioners*. *Insolvency and Corporate Governance, Governments Response*, 26 augustus 2018, sub 5.62.

Eenmaal benoemd dienen de meeste functionarissen een actieve rol te vervullen. Dat is logisch in de situaties waarin zij zijn benoemd ten gevolge van inactiviteit van de schuldenaar. Wanneer zij van stond af aan actief zijn, zijn er echter duidelijke verschillen waarneembaar. Zo hebben de Franse *mandataire* en de Duitse *Sachwalter* duidelijk een beperkte rol. In Nederland is omtrent de stille bewindvoerder/beoogd curator een discussie gevoerd over de vraag of deze *a fly on the wall* (en daarmee tamelijk passief) diende te zijn danwel de gang van zaken daadwerkelijk mocht beïnvloeden.⁷⁷ Het is mij onbekend of in Duitsland en Frankrijk de bedoelde functionaris een vergelijkbare informele macht heeft in die zin dat die, alleen al door aan te geven dat hij bij een ongewijzigde koers zijn functie ter beschikking zou stellen, wijziging van de koers van de schuldenaar kan bewerkstelligen.^{78,79}

Naar mijn mening wordt dat mede beïnvloed door de mate waarin geregeld is dat de functionaris die wordt benoemd in de preventieve procedure wel of niet een rol kan spelen in de fase die daarop volgt, hetgeen tevens een volgend verschil is. Hierbij moet worden onderscheiden tussen een succesvolle en een mislukte preventieve procedure. Na een succesvolle procedure ligt het voor de hand dat de functionaris een rol blijft spelen vanwege zijn kennis van het dossier en betrokkenheid bij de stakeholders. Die rol kan zijn het bewaken van het plan en de uitvoering daarvan of optreden als bindend adviseur of een andere vorm van geschillenbeslechting bij resterende vraagstukken. Zo is het niet ongebruikelijk dat de *administrator* die een CVA voorstelt zichzelf voordraagt (*nominee*) om nadien op te treden als *supervisor*. De Spaanse *mediador* is zelfs gehouden toe te zien op de nakoming van het overeengekomen plan.⁸⁰ En de Duitse *Insolvenzverwalter* en de Italiaanse *commissario giudiziale* zien toe op de afwikkeling van het *Insolvenzplan*⁸¹ respectievelijk het *concordato preventivo*.⁸²

Mislukt de procedure en komt dus geen akkoord tot stand, dan is denkbaar dat de functionaris daarna toch een rol speelt in een vervolgfase, met name

77. M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web', *TvI* 2015/35.

78. Zie hierover ook Prof. Dr. S. Madaus, *Zustand und Perspektiven der Eigenverwaltung in Deutschland*, Die Deutung der Rolle des Sachwalters, p. 12b.

79. Ph.W. Schreurs, 'Tuingereedschap – Schoffelen en wieden in de voortuin van het faillissement, in De Gereedschapskist van de Curator', in: *Insolad-bundel* 2016.

80. Artikel 241 Ley Concursal: "*El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo.*"

81. Artikel 261 Insolvenzordnung: "*Die Überwachung ist Aufgabe des Insolvenzverwalters.*"

82. G. Battaglia en A. Tavella, 'The Italian Settlement with Creditors Procedure', *9 Insolvency en Restructuring Int'l* 2015, 30, p. 32-33.

vanwege de grote kostenbesparing die kan worden bereikt door zijn kennis van het dossier niet verloren te laten gaan. Dat geldt zeker indien niet sprake is van een definitieve mislukking, maar slechts overgeschakeld wordt op een zwaardere procedure (zoals in veel rechtsstelsels mogelijk is).⁸³ Zo is ten aanzien van de *administrateur* in de *procédure de sauvegarde financière accélérée*⁸⁴ uitdrukkelijk bepaald dat indien voorafgaand een geregistreerde bemiddelaar betrokken is geweest (in het kader van een *mandat ad hoc* of een *conciliation*) deze wordt benoemd tot *administrateur* of *mandataire* en dat benoeming van een andere persoon expliciet dient te worden gemotiveerd.⁸⁵ Ook in Spanje wordt, indien de mediator gebruikmaakt van zijn recht het faillissement aan te vragen, die persoon in beginsel ook aangesteld als curator in het opvolgend faillissement.⁸⁶

Vanzelfsprekend is dit echter niet. Met name zie ik reden hier langer bij stil te staan voor de regelmatig voorkomende situaties dat de preventieve fase definitief mislukt en daarom overgeschakeld moet worden op een liquidatiescenario. Is het dan wel zo vanzelfsprekend om de functionaris die getracht heeft het akkoord tot stand te brengen ook te belasten met de afwikkeling van het faillissement? Tollenaar kiest voor de pragmatische benadering en stelt voor dat de door hem gesuggereerde stille toezichthouder in geval van een opvolgend faillissement benoemd wordt tot curator wegens zijn kennis van het dossier.⁸⁷ Die argumentatie is steekhoudend nu de middelen bij bedrijven in moeilijkheden altijd beperkt zijn. Maar inhoudelijk zijn er ook andere argumenten. Enerzijds valt niet uit te sluiten dat de persoon van de functionaris een rol heeft gespeeld bij het mislukken van het akkoord. Er kunnen gedurende het soms taaie onderhandelingsproces ook ten opzichte van een dergelijke objectieve buitenstaander irritaties ontstaan.⁸⁸ Anderzijds is de functionaris niet

83. Met zwaarder bedoel ik een procedure met meer formele waarborgen. Zo kan een in de lichtere procedure mislukt akkoord in de zwaardere procedure alsnog worden aangenomen met geen of een kleinere meerderheid omdat dan bijvoorbeeld een gerechtelijke procedure moet worden gevolgd, zoals homologatie.

84. Dit is een sauvegarde procedure speciaal voor grotere ondernemingen en ziet op het treffen van regelingen met financiële schuldeisers.

85. Artikel L. 628-3 Code de Commerce: “*Lorsque le conciliateur est inscrit sur la liste prévue à l'article L. 811-2 ou sur celle prévue à l'article L. 812-2, le tribunal le désigne soit comme administrateur judiciaire, soit comme mandataire judiciaire, selon la profession qu'il exerce. Par décision spécialement motivée, il peut désigner une autre personne dans les conditions prévues à ces mêmes articles.*”

86. Wessels en Madaus, p. 131.

87. N. Tollenaar, p. 224-226.

88. De kans daarop lijkt me nog groter indien de functionaris op voordracht van de debiteur wordt aangesteld, zoals in België, Frankrijk en Engeland het geval kan zijn, maar dat is slechts speculatief.

geheel zonder een eigenbelang indien op voorhand vast zou staan dat hij curator in een opvolgend faillissement zou worden. Over de ‘perverse prikkels’ waarmee curatoren van doen hebben is veel geschreven, bijvoorbeeld als zij of kantoorgenoten procederen op kosten van de boedel. Ik ben van mening dat in die gevallen de pragmatische argumenten de doorslag dienen te geven en dat opleiding van en het toezicht op curatoren⁸⁹ voldoende moeten zijn om excessen te voorkomen. Wanneer er echter een wisseling van functie én procedure is, van preventie- naar liquidatiefase, vind ik dat daar langer bij moet worden stilgestaan.

In Duitsland kunnen crediteuren in die overgangsfase de curator verkiezen. Dat is mede omdat de voorlopige Insolvenzverwalter op voordracht van de debiteur kan worden aangesteld.⁹⁰ Ik ben in zijn algemeenheid geen voorstander van een al te grote invloed van crediteuren, omdat binnen die grote groep – waar sprake zou moeten zijn van concursus, samenloop – grotere onevenwichtigheden denkbaar zijn als één of enkele van hen het voor het zeggen krijgen, zoals dat kan gebeuren in een crediteurencommissie.⁹¹ Anderzijds zou ik menen dat het bepaald geen vanzelfsprekendheid is dat de insolventiedeskundige in een WHOA-procedure na het uitblijven van een akkoord benoemd wordt tot curator.⁹² Meer in het bijzonder zou(den) zowel de schuldenaar als de crediteuren de mogelijkheid moeten hebben zich daarover uit te laten⁹³ en zal de rechtbank naar mijn mening de benoeming van de opvolgend curator ten aanzien van de persoon expliciet dienen te motiveren. Het zou bovendien goed zijn als de rechtbanken in de toekomst met enige regelmaat ervoor kiezen een andere persoon tot curator te benoemen,⁹⁴ zeker in die gevallen waarin de

89. En hun vanzelfsprekende wens nog vaker benoemd te worden.

90. D. Bernstein, *The Insolvency Review* 2017, p. 83.

91. Zonder hier nu dieper op in te gaan, verwijs ik naar de discussie die in Nederland gevoerd wordt over de inhoudelijke rol van (individuele leden van) de crediteurencommissie.

92. In Engeland is de kwestie expliciet aan de orde geweest. *A Review of the Insolvency Framework, Summary of Responses*, sept. 2016, p. 5 sub 2.11: “Views were mixed and some respondents noted that the requirement for a new office-holder would lead to delay and increased costs. Others felt that the requirement for a new office-holder was an important safeguard and that it would help to ensure that the supervisor acted independently during the moratorium.”

93. Iets waartoe zij in het huidige recht bij de benoeming van een faillissementscurator geen afdwingbaar recht hebben. Ik merk hier slechts op dat, zowel in tijd als afhankelijk van het arrondissement, verschillen waarneembaar zijn ten aanzien de reactie die rechtbanken geven op pogingen van de schuldenaar of van crediteuren om richting te geven bij de benoeming van een concrete persoon tot curator.

94. Daarmee ook voorkomend dat dat een defamerend effect zou hebben op de niet opvolgend benoemde functionaris.

kennis van het dossier minder relevant is als pragmatisch argument.⁹⁵ De door Van Galen geprezen onafhankelijkheid en onpartijdigheid van Nederlandse curatoren⁹⁶ zou er blijvend mee gediend kunnen zijn.

Ten slotte kan een onderscheid gemaakt worden naar specifieke kwalificaties en registraties van de betrokken functionarissen. De insolventiedeskundigen die in Engeland en Frankrijk voor benoeming in aanmerking komen zijn opgenomen in een nationaal register.⁹⁷ In Portugal en met name in Spanje dienen de in te schakelen mediators geregistreerd te zijn en te voldoen aan nauwkeurige opleidingsvereisten. In Italië zijn ruime benoemingscriteria: advocaten, accountants, boekhouders, en iedereen die directeur, administrateur of controller van een onderneming is geweest, mits niet zelf failliet geweest.⁹⁸ België biedt de mogelijkheid om slechts door de overheid gemachtigde personen te benoemen, maar voor zover mij bekend is dit nog niet gebeurd.⁹⁹ In de praktijk worden advocaten (niet de ‘huisadvocaat’), accountants of bedrijfsrevisoren benoemd.¹⁰⁰ In Nederland worden in surseances (vrijwel) uitsluitend advocaten benoemd.

95. Zo zijn er situaties denkbaar waarin relatief weinig actief is en de curator zich met name bezig zal gaan houden met rechtmatigheidsvraagstukken. Dat zijn activiteiten waarmee een pre-insolventiefunctionaris relatief weinig bemoeienis zal hebben gehad.

96. R.J. Van Galen, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2017/39, Het Europese initiatief voor herstructurerings in een vroeg stadium: de ontwerprichtlijn van 22 november 2016, § 9.

97. In Engeland zijn er zeven organisaties waarbij insolvency practitioners aangesloten kunnen zijn. Op 1 januari 2018 waren er 1.276 actief (*Insolvency and Corporate Governance, Government Response*, 2018, noot 28). Het voorstel van de regering om anderen dan gekwalificeerde personen te benoemen “*provoked some very strong opinions with a large majority of respondents expressing the view that the role of supervisor could only be undertaken by a licensed insolvency practitioner*”. (*Insolvency and Corporate Governance, Government Response* 2018, sub 5.60). Over het verschil in Engeland met minder streng gereguleerde turnaround professionals: “*On the other hand, these specialists are not all as comprehensively regulated as insolvency practitioners nor are they all subject to the sorts of rigorous quality and entry control regimes that the Cork Committee considered were appropriate for IPs*.” Finch, *Corporate insolvency law: perspectives and principles*, Ch. 5: *Practitioners and professionals* 2009, p. 238

98. Artikel 28 Legge Fallimentare. “*Requisiti per la nomina a curatore. Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) (...) c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento.*”

99. J. Embrechts, M. Vanmeenen en I. Verougstraete, *Wet en Duiding Insolventie* 2015, p. 2012.

100. Wessels en Madaus, *Rescue of Business in Insolvency* 2017, p. 136-137.

5. De pre-insolventiedeskundigen in de WHOA

Naar de huidige stand gaat de WHOA de volgende functionarissen introduceren: de (insolventie)deskundige (artikel 371), de (financiële) deskundige (artikel 376 lid 3) en de monitor (memorie van toelichting bij artikel 377).

De insolventiedeskundige wordt in het consultatievoorstel pas aangesteld als de schuldenaar geen of een onvoldoende serieus of kansrijk voorstel doet. De memorie van toelichting bij het consultatievoorstel spreekt de verwachting uit “*dat dit scenario (...) vooral zal functioneren als vangnet en voor zover nodig als extra stimulans voor de schuldenaar om zelf tijdig in actie te komen*”.¹⁰¹ In de consultatiereacties is aangegeven dat de schuldenaar onder omstandigheden ook zelf zou moeten kunnen aandringen op benoeming door de rechtbank van een insolventiedeskundige.¹⁰² Naar mijn overtuiging is onontkoombaar dat de opstelling van die functionaris ten opzichte van met name de debiteur een andere zal zijn als hij is benoemd op verzoek van crediteuren. Het is ter vergelijking zinvol om te kijken naar de Engelse administrator, de Belgische *gerechtsmandataris* en de gang van zaken in Duitsland.¹⁰³ In die landen is het mogelijk dat de functionaris in de preventieve fase komt op verzoek van de schuldeisers.

Indien in de uiteindelijke WHOA de benoeming van een deskundige op verzoek van de schuldenaar mogelijk zal zijn, kan voor ervaringen daarmee gekeken worden naar vrijwel alle door mij bestudeerde systemen. Zolang de onafhankelijkheid van deze persoon niet ter discussie staat is dit in Nederland (afgezien van zijn takenpakket) in feite ook geen nieuwe figuur en zal die vergelijkbaar zijn met de bewindvoerder in surseance of de stille bewindvoerder.

Op grond van de in het consultatievoorstel voorziene maatwerkbepaling (artikel 377) kan een onafhankelijke deskundige worden aangesteld “*die het vervolgtraject zal monitoren*”. Ook aan diens rol is in de consultatiereacties aandacht besteed.¹⁰⁴ Kennelijk (en wat mij betreft terecht) heeft de wetgever hier gekozen voor een zo open mogelijke regeling waarmee de praktijk haar weg zal moeten gaan vinden. Ter inspiratie kan worden gekeken naar de Franse

101. P. 5 memorie van toelichting consultatievoorstel WHOA.

102. Zie onder andere de consultatiereacties van Insolad en de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA): www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/reacties.

103. Ik heb met name door het gebrek aan *evaluerende* literatuur onvoldoende kunnen ontdekken of ook de Italiaanse *commissario giudiziale* een dergelijke van de schuldenaar onafhankelijke rol kan spelen; hij mag in ieder geval uitdrukkelijk concurrerende opties aandragen.

104. Zie met name de reactie van de NOvA: www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/reacties.

mandataire judiciaire (die naast de *administrateur* benoemd kan worden) en zou het ook zinvol kunnen zijn om de rol van de Engelse *supervisor* in het achterhoofd te houden. In beide functies is sprake van wat meer distantie ten opzichte van de betrokken partijen.

6. Competenties van de nieuwe insolventie-advocaat

Mijns inziens is Nederland hard toe aan de invoering van preventieve maatregelen en valt spoedige invoering van de WHOA dan ook van harte toe te juichen. Maar: *“The underlying paradigm of a shift of focus to rescue of business, in legislation as well as in practice, will also mean that traditional roles (of a court or an Insolvency Office Holder) will be in transition. In their functioning, these players will reflect the legislative changes and the renewals introduced.”*¹⁰⁵

Het succes dat aan preventieve maatregelen wordt toegeschreven hangt samen met de grote en vroegtijdige rol die de schuldenaar zelf kan en moet spelen bij het oplossen van de problemen die dan inmiddels zo groot zijn dat insolventie tot de mogelijkheden behoort. Tegelijkertijd moet de informatieasymmetrie en de mogelijkheid van misbruik ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren bewaakt worden. Om het een en ander in goede balans te brengen is de rol die betrokken functionarissen spelen van groot en mijns inziens van doorslaggevend belang.

Zoals hierboven beschreven, gaat de WHOA een aantal nieuwe functionarissen introduceren. Met name de rol van de insolventiedeskundige is voor Insolad-leden interessant. Ook is het aannemelijk dat insolventiejuristen tot monitor worden benoemd. Op basis van de in dit artikel beschreven buitenlandse ervaringen, afgezet tegen mijn eigen ervaringen in herstructureringen, zijn de belangrijkste eigenschappen die functionarissen in de nu te vormen Nederlandse pre-insolventiecultuur aan de dag zullen moeten leggen de volgende.

In de eerste plaats moeten zij beschikken over een blik vooruit. Zij moeten in staat zijn om, met een helicopterview, het einddoel van een bevredigend akkoord in de gaten te houden en desnoods via omwegen te benaderen. Dat dergelijke omwegen met regelmaat bewandeld moeten worden komt niet in de laatste plaats doordat de stakeholders, zoals schuldeisers en schuldenaar, in deze fase meestal door een proces van ontkennen en ontdekken heen moeten alvorens ze toekomen aan praten en onderhandelen. Dat kan gepaard gaan met escapisme, met Bokito-

105. Wessels en Madaus, *Rescue of Business in Insolvency* 2017, p. 109.

gedrag en met alles daar tussenin, en het is van belang dat de functionaris in dergelijke situaties in de gaten blijft houden of er mogelijkheden zijn om partijen gezamenlijk dichter bij het doel te brengen. Ik zou het in Nederland bepaald minder voor de hand liggend vinden dat een schuldenaar zelf de functionaris zou kunnen aanwijzen of, sterker nog, een reeds eerder als zijn adviseur opgetreden persoon die rol zou kunnen vervullen.¹⁰⁶ Die eigen adviseur kan zijn of haar rol volledig vervullen door de schuldenaar adequaat bij te staan in welk geval in het Nederlandse systeem überhaupt geen functionaris benoemd zal hoeven te worden. Maar als dat vervolgens niet lukt is de vervolgfase gebaat bij een volstrekt onafhankelijke derde. De kans om alsnog een succesvolle regeling te bereiken neemt daardoor toe.

In de tweede plaats moet een insolventiedeskundige beschikken over bedrijfs-economische feeling met cijfers. Hij hoeft businessplannen en waarderings-rapporten weliswaar niet zelf te kunnen opstellen, maar ze wel doorgronden en in ieder geval zodanig te begrijpen dat hij een zinvol gesprek daarover kan volgen en leiden. Zelfs in de (veelvoorkomende) situatie dat daarvoor externe deskundigheid wordt ingehuurd, moet hij een inhoudelijke verstandhouding met die deskundige kunnen opbouwen. Nog anders ligt dit vanzelfsprekend wanneer sprake is van een internationale herstructurering met gesyndiceerde kredieten, verschillende financieringsproducten, *bonds*, en dergelijke in welke geval alle partijen (inclusief de functionarissen) hun eigen financiële adviseurs zullen inschakelen.

De functionaris zal moeten beschikken over een grote mate van onafhankelijkheid en integriteit omdat die eigenschappen onmisbaar zijn voor iemand die boven of tussen partijen wil kunnen staan. Dit speelt in bijzondere mate voor de monitor die mijns inziens een bijzondere tussenpositie zal krijgen ter voorkoming van escalatie van een matig vorderende herstructurering. Het is dit aspect dat maakt dat mijns inziens in Nederland de te benoemen functionaris voorafgaand geen adviesrol zou moeten hebben gespeeld bij de schuldenaar, maar onafhankelijk en dus door de rechtbank benoemd zou moeten zijn.¹⁰⁷

106. Zo lijkt de Nederlandse Vereniging van Banken in haar consultatiereactie (www.internet-consultatie.nl/wethomologatie/reactie/6059bd43-b42e-4b35-b585-b96417e46c0b) op pag. te suggereren dat een CRO (*chief restructuring officer*) een voor de hand liggende persoon is die op zou kunnen treden als deskundige indien de schuldenaar zelf niet tot het aanbieden van een akkoord overgaat. Dergelijke CRO's worden evenwel niet zelden (bijvoorbeeld op contractuele gronden) door de bank naar voren geschoven en hebben daarmee naar mijn mening geen, althans te weinig, vereiste onafhankelijkheid.

107. Anders dan in ieder geval in België, Frankrijk, Engeland en Duitsland mogelijk is.

Vervolgens zal de functionaris zich op zijn gemak moeten voelen in overlegsituaties en daaraan vergelijkbare bevrediging moeten ontlelen als aan het doorhakken van knopen. Zijn betrokkenheid bij crediteuren zal veel groter moeten zijn: in een gemiddeld faillissement komen de concurrente crediteuren überhaupt niet aan bod en is de aandacht van de curator voor hen begrijpelijkerwijs navenant. Bij preventieve herstructureringen is van belang dat zij (desnoods slechts: het gevoel hebben) voldoende aan bod (te) komen. Basisvaardigheden op het gebied van onderhandelingen en mediation zijn daarvoor onontkoombaar. Elders in deze bundel wordt ingegaan op insolventie mediation, maar dat is van een andere aard en moet daadwerkelijk worden gezien als een vorm van geschillenbeslechting. Hier wordt gedoeld op mediationvaardigheden die nodig zijn om een geschil te *voorkomen*.¹⁰⁸

Ten slotte (of met het vorenstaande samenhangend) zal hij in staat moeten kunnen zijn zich weg te cijferen ten opzichte van de andere betrokkenen in het proces. Om in Nederland regelmatige toepassing van preventieve maatregelen te bewerkstelligen, zal in de praktijk met name ruimte moeten worden geboden aan de schuldenaar. Zal die dan inderdaad de WHOA gaan benutten? Een functionaris die (anders dan een surseancebewindvoerder) op de voorgrond staat zal daarvoor naar mijn overtuiging een belemmering kunnen zijn.

Veel van de hiervoor beschreven eigenschappen behoren tot de competenties van ervaren insolventie-advocaten. Maar omgekeerd is het bepaald niet zo dat elke ervaren insolventie-advocaat al deze eigenschappen heeft. De blik vooruit behoort niet tot het standaardrepertoire van een curator. Het hakbijleffect van het insolventierecht maakt een scherp onderscheid tussen de periode voor en na faillissement en, zeker indien geen doorstart gerealiseerd kan worden, zal de curator zich daarbij vaak concentreren op het *terugkijken*. In liquidatiesituaties komt het dan immers vooral aan op het herstel van de boedel en verdeling met inachtneming van voorrang en voorrecht.

Ook de bedrijfseconomische vaardigheden van insolventie-advocaten blijven voortdurend voor ontwikkeling vatbaar.¹⁰⁹ Insolventierecht is in Nederland bij uitstek een juridisch métier. De positie van crediteuren met en zonder zekerheid, de positie van bestuurders, werknemers en de overheid hangt in overwegende mate af van specifieke juridische leerstukken. Maar om effectief te kunnen opereren in saneringsoperaties moet de insolventie-advocaat meer kunnen dan

108. E. Dijkhoorn, *Conflictmanagement in faillissementen*.

109. Insolad heeft daarom aan de opleidingseisen het vervolg met Financiële Economie voor Curatoren gekoppeld.

inzicht hebben of iemand *in of out of the money* is. In het consultatievoorstel WHOA is voorzien in een deskundige die kan worden ingeschakeld en aangenomen kan worden dat daarvoor veelal accountants of valuers zullen worden benaderd. Ik zou menen dat Insolad-leden hier geen concurrentie moeten willen aangaan. Indien zij echter willen voorkomen dat dergelijke beroepsgroepen ook in aanmerking komen voor benoeming tot de in het consultatievoorstel bedoelde insolventiedeskundige zullen ze moeten zorgen in dat opzicht ruim voldoende bekwaamheden te hebben ontwikkeld.

Onafhankelijkheid en integriteit zijn mijns inziens kerncompetenties van in Nederland opererende curatoren. Anders dan bijvoorbeeld in Engeland¹¹⁰ staat deze in Nederland niet ter discussie, waartoe het rechterlijk toezicht en het Insolad-toetsingssysteem mijns inziens essentieel is.

De insolventie-advocaten die hun expertise opdoen als curator zijn vooral ‘beslissers’ en moeten in staat zijn om onder grote druk en te midden van stevige hectiek keuzes te maken. Zij opereren graag ‘met de poten in het bluswater’ en hebben er geen moeite mee in het middelpunt van de aandacht te staan. Zoals de Hoge Raad een en andermaal duidelijk heeft gemaakt moeten curatoren opereren in situaties waarin veel, vaak met elkaar strijdige belangen een rol spelen en moeten zij daarin onder grote hectiek keuzes maken.¹¹¹ Maar die vaardigheden zouden juist een belemmering kunnen zijn voor het effectief optreden van een herstructureringsdeskundige. Hij moet die competenties wel hebben, maar ze zo min mogelijk gebruiken.

Eén onmisbare competentie heeft de insolventie-advocaat en dat is er een die bij de meeste andere beroepsgroepen die zich mengen in herstructureringen vrijwel ontbreekt: voldoende toepasbare kennis van het insolventierecht. Zonder scherp inzicht in de (al dan niet hypothetische en bovendien gedurende het proces regelmatig veranderende) posities waarin de diverse onderhandelingspartners (kunnen) komen te verkeren, kan iemand aan een preventieve procedure geen zinvolle sturing geven. Daarom is het logisch dat in de ver doorgevoerde veranderingen in het Spaanse systeem niet gekozen is voor mediators die insolventierecht-bijbscholing krijgen, maar voor ervaren insolventiejuristen die 100 uur mediationtraining krijgen en die vaardigheid moeten bijhouden. Ik zou

110. Tot aan de recent doorgevoerde wijzigingen konden *administrators* zonder veel rechterlijk toezicht een herstructurering doorvoeren hetgeen met name tot omvangrijke kritiek op de Engelse doorstartpraktijk en het daar veelvuldig voorkomende *phoenixing* heeft geleid.

111. Vaste rechtspraak sinds HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*), § 3.6.

menen dat in Nederland uitsluitend personen tot WHOA-functionaris benoemd moeten worden die aantoonbare kennis van het insolventierecht hebben.

7. Afronding

In dit artikel heb ik aan de hand van ervaringen in andere lidstaten getracht een beter beeld te krijgen van de rol die functionarissen in pre-insolventieprocedures kunnen spelen. In Nederland heeft Insolad bereikt dat er een grote groep gekwalificeerde insolventierechtjuristen beschikbaar is. Het is voor de hand liggend dat uit die groep geput zal worden bij de benoeming van dergelijke functionarissen, nu zij als enigen beschikken over de daarvoor onmisbare kennis van en ervaring met het insolventierecht. Indien zij hun bestaande vaardigheden willen toepassen zullen zij wel de hiervoor beschreven competenties moeten ontwikkelen en het ligt voor de hand dat Insolad het voortouw neemt om die leden van passende opleiding te voorzien.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

F.B. BOSVELT EN I.C. LOK¹

1. Inleiding

Bij de afwikkeling van een faillissement spelen de belangen van de gefailleerde vaker een rol dan men in eerste instantie zou denken. Vaak loopt het belang van de gefailleerde parallel met dat van zijn schuldeisers. Soms lopen de belangen uiteen of zijn deze tegenstrijdig. Denk bijvoorbeeld eens aan de volgende vragen:

- Moet de curator een beroep op verjaring doen als blijkt dat vorderingen van schuldeisers zijn verjaard?
- Onder welke omstandigheden kan de curator het woonhuis van de gefailleerde verkopen?
- Kan de curator de huurovereenkomst van het woonhuis van de gefailleerde opzeggen?
- Mag de curator een schikking met een op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijke bestuurder treffen voor de hoogte van het boedeltekort als de toegebrachte schade veel groter is? Of moet de curator in dit soort situaties ook rekening houden met het belang van (de aandeelhouder van) de gefailleerde?
- Mag de curator duurovereenkomsten aangaan als die voor de gefailleerde ook na het faillissement (bezwarende) gevolgen hebben?
- De gefailleerde heeft een pand in eigendom waarop een koopoptie rust. Mag de curator het pand aan een willekeurige derde verkopen voor een hogere prijs met als gevolg een schadevergoedingsvordering van degene met de koopoptie?

In deze bijdrage lichten wij toe hoe en binnen welk normenkader het belang van de gefailleerde een rol speelt. Om de belangen van de gefailleerde in faillissement beter te duiden, maken wij de vergelijking met het belang van de geëxecuteerde binnen het beslag- en executierecht. Vervolgens geven wij een nadere toelichting op een aantal specifieke thema's die in faillissement kunnen spelen. Per thema bespreken wij hoe het belang van de gefailleerde (of zijn aandeelhouder) zich tot de belangen van zijn schuldeisers verhoudt en hoe de curator kan of moet handelen in de situatie dat deze belangen botsen.

1. Ferdinand Bosvelt en Inge Lok zijn beide advocaat bij Wijn & Stael Advocaten NV.

2. Normenkader

Op grond van artikel 68 Fw is de curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Dit doet de curator ten bate van de gezamenlijke crediteuren. De wetgever heeft bij de invoering van de Faillissementswet onder ogen gezien dat de gefailleerde een groot belang heeft bij goed beheer van zijn boedel. Zo volgt uit de memorie van toelichting:

*“Aan den gefailleerde mag het recht van verzet niet onthouden worden, omdat elke handeling van den curator zijne zaak geldt; het is zijn boedel die vereffend wordt ter voldoening van zijner schuldeischers; al mag hij zelf niet beheeren, het is voor hem niettemin van het grootste belang dat er goed beheerd worde.”*²

Uit de memorie van toelichting volgt ook dat de curator niet alleen de belangen van de schuldeisers heeft te behartigen, maar evenzeer die van de gefailleerde. Dit is overigens niet een bijzondere, zelfstandige verplichting van de curator, maar een verplichting die in primis op de schuldeisers rust:

*“Evenals op iederen beslaglegger rust toch op hen [de schuldeisers, FB en IL] de verplichting bij de executie de belangen van den schuldenaar te ontzien. Zij kunnen executeeren, te eigen bate executeeren, maar behooren daarbij, voor zooverre zich dit met eene billijke uitoefening hunner rechten verdraagt, met de belangen van den schuldenaar rekening te houden.”*³

De curator is diegene die in plaats van de individuele schuldeisers hun bevoegdheden uitoefent. Dit is een bevoegdheid ‘sui generis’. Vriesendorp heeft opgemerkt dat het probleem van deze typering is dat dit nauwelijks richting geeft om belangenconflicten op te lossen als de Faillissementswet geen duidelijkheid biedt.⁴ Het is dan ook de vraag hoe de curator deze door de wetgever aan hem opgedragen taak in de praktijk dient uit te voeren.

In sommige gevallen geeft de wet duidelijkheid over de afweging van het belang van de gezamenlijke schuldeisers ten opzichte van dat van de gefailleerde. Deze wettelijke gevallen lichten wij nader toe in het volgende hoofdstuk. In andere gevallen is sprake van een open norm. In het arrest *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.* heeft de Hoge Raad overwogen dat de curator bij

2. Van der Feltz II, p. 9.

3. Van der Feltz I, p. 372.

4. R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2013, p. 180.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

de uitoefening van zijn taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening moet houden.⁵ Maar wat is gerechtvaardigd?

Een begrenzing – als geen specifieke wettelijke regeling geldt – is de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en meer in het bijzonder het leerstuk van misbruik van bevoegdheid.⁶ Een curator kan immers, net als een individuele schuldeiser, zijn bevoegdheden niet gebruiken, voor zover hij deze zou misbruiken. In de hoofdstukken 4 tot en met 7 lichten wij aan de hand van een aantal specifieke thema's deze open norm nader toe.

3. Wettelijk geregelde gevallen

De wettelijk geregelde gevallen, waarin het belang van de gezamenlijke schuldeisers ten opzichte van dat van de gefailleerde is afgewogen, zijn onder te verdelen in twee categorieën.

De eerste categorie bestaat uit de bijzondere bevoegdheden en dwangmiddelen die de curator tot zijn beschikking heeft zoals de postblokkade, inlichtingenplicht, inbewaringstelling en binnentreden. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om toe te lichten welke belangenafweging in deze situaties wordt gemaakt. Wij volstaan met de opmerking dat evident is dat de bevoegdheden van de curator soms haaks staan op bepaalde belangen van de gefailleerde.

De tweede categorie bestaat uit de wettelijke bepalingen waarin bepaalde belangen van de gefailleerde in het bijzonder worden beschermd. Zo is bijvoorbeeld in artikel 21 Fw geregeld welke goederen buiten het faillissement blijven. De voor de praktijk meest relevante uitzondering is het inkomen van de gefailleerde voor zover de rechter-commissaris dat bepaalt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever bij de in artikel 21 Fw genoemde uitzonderingen op artikel 20 Fw overigens niet alleen het belang van de gefailleerde zelf voor ogen had:

“De humaniteit eischt, dat de schuldenaar bij alle noodzakelijke gestrengheid toch menselijk worde behandeld; het welbegrepen belang van de schuldeischers wordt gediend, indien men den schuldenaar de mogelijkheid laat zijn eigen kost te verdienen en later nog weer eens tot welstand te komen; het belang der maatschappij vordert dat de schuldenaar niet armlastig worde of in verzoeking kome op oneerlijke wijze zich een levensonderhoud te verschaffen.”⁷

5. HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Vehuuse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

6. Misbruik van bevoegdheid is een species van het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, vgl. E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografieën BW A4), Deventer: Kluwer 2013, p. 25.

7. Van der Feltz I, p. 348.

Ook het maatschappelijke belang en het belang van de schuldeisers spelen hier dus een rol.

Verder is in artikel 22a Fw een regeling opgenomen die de curator beperkt in het afkopen of doen wijzigen van de begunstiging van een levensverzekering, indien dat voor de verzekeringnemer of begunstigde onredelijk benadelend is. Binnen het beslag- en executierecht is een vergelijkbare regeling opgenomen in artikel 479p Rv. Uit de memorie van toelichting bij artikel 22a Fw blijkt dat het criterium van onredelijke benadeling is ontleend aan artikel 474bb Rv.⁸ De minister heeft hierover het volgende opgemerkt:

“Onredelijke benadeling bij de uitwinning zal kunnen worden aangenomen indien het een levensverzekering met verzorgingskarakter betreft. Hierbij staat primair het belang van de begunstigde voorop. Daarbij is onder meer van belang of een dergelijke voorziening nog noodzakelijk is naast eventueel reeds elders bestaande aanspraken,

[...]

Verder kan de uitwinning van een levensverzekering onredelijk benadelend zijn indien de executant ook verhaal kan nemen op andere vermogensbestanddelen waarvan de executie voor de verzekeringnemer minder bezwarend is.”⁹

Voorts is in artikel 37b Fw opgenomen dat nutsbedrijven hun diensten niet mogen opschorten voor zover levering voor de voortzetting van de failliete onderneming of de eerste levensbehoeften van de gefailleerde noodzakelijk is. Voor de invoering van artikel 37b Fw is door de Hoge Raad al in het arrest *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.* bepaald dat een nutsbedrijf niet mag afsluiten als de eerste levensbehoeften van de failliet en zijn gezin zouden worden getroffen.¹⁰ Artikel 37b is derhalve een gedeeltelijke codificatie van dit arrest. Het belang van de gefailleerde (zijn eerste levensbehoeften) moet echter wel wijken als het nutsbedrijf kan opschorten op andere gronden dan het niet nakomen van een voor de faillietverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom. Bij schending van andere contractuele verplichtingen of bijvoorbeeld fraude met de meter, is opschorting of ontbinding wél geoorloofd.¹¹

8. *Kamerstukken II* 1994/95, 22969, 20, p. 6.

9. *Kamerstukken II* 1994/95, 23429, 8, p. 5.

10. HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

11. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (Recht en Praktijk, nr. InsR3), Deventer: Kluwer 2012, p. 343 en *Kamerstukken II* 1992/93, 22969, 3, p. 47.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

Het belang van de gefailleerde is daarnaast te zien in artikel 99 Fw. Daarin is geregeld dat de curator post die niet op de boedel betrekking heeft direct door moet sturen naar de gefailleerde.

Verder heeft de gefailleerde de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op het beheer van zijn boedel. De gefailleerde kan conform artikel 69 Fw bij de rechter-commissaris tegen iedere handeling van de curator opkomen of een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht of juist nalaat.¹² Dat de gefailleerde invloed heeft op de afwikkeling van het faillissement, volgt ook uit de Recofa-richtlijnen. Zo is bijvoorbeeld op het modelformulier voor een toestemmingsverzoek voor onderhandse verkoop de vraag opgenomen hoe (de bestuurder van) de gefailleerde tegenover het (hoogste) bod staat.¹³ Ook bestaat de invloed van de gefailleerde uit het feit dat hij (een deel van) een vordering of voorrang op grond van artikel 126 Fw kan betwisten. Daarmee bewerkstelt de gefailleerde dat de schuldeiser geen executoriale titel verkrijgt.

De bescherming van de belangen van de gefailleerde ligt ook besloten in het uitgangspunt dat een faillissement twee fasen kent. De staat van insolventie treedt pas in als de verificatievergadering eindigt zonder akkoord (artikel 173 lid 1 Fw). Het belang van de gefailleerde om bijvoorbeeld zijn onderneming of andere voor hem waardevolle activa te kunnen behouden – bij een geslaagd akkoord – wordt hierdoor beschermd. De praktijk is echter dat een curator doorgaans zo spoedig mogelijk alle activa te gelde maakt. De Hoge Raad heeft hierover in het arrest *Nieuwe Plancius* geoordeeld dat dit niet in strijd is met artikel 101, 173 en 175 Fw.¹⁴ Met de invoering van de Wet modernisering faillissementsprocedure is artikel 101 lid 1 Fw gewijzigd.¹⁵ Volgens de tekst van het oude artikel 101 Fw was verkoop door de curator (voor de insolventie) slechts toegestaan “*indien en voorzover de vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding der kosten van het faillissement, of de goederen niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven*”. Het nieuwe artikel 101 lid 1 Fw luidt: “*De curator is bevoegd om goederen te vervreemden.*” Uit de memorie van toelichting volgt dat de wijziging in artikel 101 Fw een codificatie van de bestaande praktijk betreft. Expliciet is opgenomen dat de curator met de

12. Uit HR 10 mei 1985, *NJ* 1985/792 volgt dat artikel 69 Fw niet is bedoeld om de gefailleerde gelegenheid te geven op eenvoudige wijze aan hem persoonlijk toekomende rechten geldend te maken. De Hoge Raad heeft een uitzondering gemaakt voor de persoonlijke rechten van de gefailleerde als bedoeld in artikel 21 onder 3e Fw en daarmee gelijk te stellen rechten.

13. Artikel 3.2 sub b Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling en bijlage d.

14. HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938/9 (*Nieuwe Plancius*).

15. Inwerkingtreding per 1 januari 2019, zie *Stb.* 2018, 348.

benodigde zorgvuldigheid heeft te handelen, zowel jegens de schuldeisers als jegens de gefailleerde, en dat dit onder omstandigheden met zich kan brengen dat een curator voordat hij verkoopt, eerst beziet of er redelijke alternatieven zijn die maken dat de verkoop nog even kan worden uitgesteld.¹⁶

Het faillissement is een algeheel gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de gefailleerde ten behoeve van zijner gezamenlijke schuldeisers.¹⁷ Een bespreking van de wijze waarop in het beslag- en executierecht de belangen van de geëxecuteerde een rol spelen ligt daarom voor de hand. Dat doen wij in het volgende hoofdstuk. Constateringen die wij daarbij doen, kunnen ook relevant zijn bij belangenafwegingen in een faillissement.

4. Relevante aspecten van het beslag- en executierecht

Binnen het beslag- en executierecht geldt het uitgangspunt dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen, tenzij de wet of overeenkomst anders bepaalt (artikel 3:276 BW). Naast de beperking van wet of overeenkomst, is een beperking ook aan de orde als sprake is van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW). Van der Putten en Van Zanten duiden het leerstuk van misbruik van beslagrecht treffend als het ‘veiligheids-ventiel’ van het burgerlijk recht.¹⁸

Misbruik van beslagrecht kan in twee fasen aan de orde zijn, namelijk ten eerste bij de beslaglegging en ten tweede bij de executie. Voor de vergelijking met het handelen van de curator is bespreking van de eerste fase van het beslag niet zinvol. Het faillissement is immers van rechtswege een beslag op het gehele vermogen. De vergelijking met de belangen van de executant in de tweede fase, het uitwinnen van het beslag, is wel interessant. Wij lichten dit verder toe. Regelmatig wordt de vraag gesteld of beslag kan worden gelegd op goederen die bij executie naar verwachting – na aftrek van de kosten – niet tot ‘netto-opbrengst’ leiden. Over het algemeen wordt aangenomen dat dit wél kan. De rechtvaardiging is dat de schuldenaar zo kan worden gedwongen tot betaling. Minder uitgesproken is het antwoord op de vraag in hoeverre die rechtvaardig-

16. *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, 3, p. 28.

17. Van der Feltz I, p. 7 en p. 339.

18. S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*; S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten, *Doel en misbruik van beslag*, p. 378, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

gingsgrond ook voor de daadwerkelijke executie kan gelden.¹⁹ In faillissement kan deze rechtvaardigingsgrond geen rol spelen, omdat het beslag van rechtswege op het gehele vermogen ligt en de gefailleerde zijn schuldeisers niet meer mag betalen. In faillissement zal de curator dus steeds voor ogen moeten houden dat de te verwachten opbrengst de te maken kosten rechtvaardigt.²⁰ Er moet dus zicht zijn op netto-opbrengst. Overigens gaat deze rechtvaardigingsgrond binnen het beslag- en executierecht mogelijk verdwijnen. In het kader van het Wetsvoorstel tot herziening van het beslag- en executierecht is voorgesteld aan artikel 435 Rv toe te voegen:

*“Beslaglegging is niet toegestaan indien redelijkerwijs voorzienbaar is dat de opbrengst die gerealiseerd kan worden bij het verhaal op die goederen niet meer bedraagt dan de kosten van de beslaglegging en de eventueel daaruit voortvloeiende executie.”*²¹

Indien de executant, mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij de gebruikmaking van zijn bevoegdheid, is sprake van misbruik van recht. Dit volgt uit het standaardarrest *Ritzen/Hoekstra*.²² De Hoge Raad overwoog dat dit bijvoorbeeld aan de orde kan zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan. Er kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, indien een schuldeiser, in aanmerking nemend de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening van zijn bevoegdheid heeft kunnen komen. De Hoge Raad heeft bevestigd dat de wet het geval op het oog heeft waarin degene die de bevoegdheid uitoefent, de bedoelde onevenredigheid kent of behoort te kennen.²³

19. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 20 april 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM2233. Van der Putten en Van Zanten voeren (a.w. p. 387) aan dat de Hoge Raad de vraag of in het algemeen misbruik van recht moet worden aangenomen, als de schuldeiser het op tenuitvoerlegging aan laat komen terwijl bij voorbaat vaststaat dat de tenuitvoerlegging geen netto-opbrengst zal genereren, ontkennend zou hebben beantwoord. Het arrest waar zij naar verwijzen (HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7106) betreft echter een arrest op grond van artikel 81 RO.

20. Dat speelt uiteraard niet bij alle handelingen. Daar waar de curator rekening houdt met maatschappelijke belangen of bijvoorbeeld fraudeaangifte doet (vgl. artikel 68 lid 2 Fw) zal daarvan niet steeds opbrengst verwacht hoeven te worden.

21. www.internetconsultatie.nl/herzieningbeslagenexecutierecht.

22. HR 22 april 1983, NJ 1984/145 (*Ritzen/Hoekstra*), r.o. 3.2.

23. HR 21 mei 1999, NJ 1999/507 (*Wekking/Spoelstra*).

Een dergelijke onevenredigheid van belangen kan ook aan de orde zijn als voor een relatief geringe vordering een voor de schuldenaar waardevol goed wordt geëxecuteerd, terwijl er ook andere mogelijkheden voorhanden zijn.²⁴ In het *Vaskrsic*-arrest oordeelde het EHRM:

*“the Court is nevertheless of the view that, given the paramount importance of the enforcement measure taken against the applicant’s property, which was also his home, and the manifest disproportion between this measure and the amount of debt it aimed to enforce, the authorities were obliged to take careful and explicit account of other suitable but less intrusive alternatives.”*²⁵

Deze norm richt zich tot de autoriteit die in Slovenië met executie is belast. In Nederland is de deurwaarder belast met executie. Uit dit arrest is voor de Nederlandse deurwaarder af te leiden dat hij bij executie voor een geringe schuld, als de belangen van geëxecuteerde ernstig worden geschaad, moet onderzoeken of minder bezwarende alternatieven beschikbaar zijn. Deze norm richt zich niet direct tot de executerende schuldeiser.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in het voordeel van de schuldeiser overwogen dat het aan de schuldeiser is om te kiezen op welke wijze hij zijn vordering wil incasseren.²⁶ In die zaak kon de vordering middels een derdenbeslag binnen zes maanden worden afgelost. De geëxecuteerde had onvoldoende onderbouwd dat bij executie (na voldoening van de hypotheekschuld) geen opbrengst te verwachten was. Het hof overwoog:

“in de keuze voor de executie van het pand kan geen strijd met de redelijkheid en billijkheid worden gevonden nu volgens de eigen stellingen van [appellanten] het derdenbeslag een bedrag van ongeveer € 2700,- per maand oplevert en [geïntimeerde] langs die weg nog minstens zes maanden op volledige betaling moet wachten.”

De wetgever heeft in het kader van beslag op vorderingen expliciet de belangen van de geëxecuteerde gewaarborgd. Het uitgangspunt is dat een beslagen vordering moet worden geïnd (artikel 477 Rv). Slechts als sprake is van een niet-opeisbare vordering kan verkoop via de vangnetbepaling van artikel 474bb Rv plaatsvinden. Indien door die verkoop de geëxecuteerde of een andere

24. S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*; S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten, *Doel en misbruik van beslag*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 391.

25. EHRM 25 april 2017, JOR 2017/214 (*Vaskrsic*), r.o. 83.

26. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5547, r.o. 5.10.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

belanghebbende onredelijk wordt benadeeld, dan kunnen zij de voorzieningen-rechter verzoeken om te bevelen dat de executie wordt gestaakt (artikel 474bb lid 4 Rv).

Binnen het beslag- en executierecht geldt dat het aan de schuldeiser is om te kiezen op welke wijze hij zijn vordering incasseert. In beginsel heeft de schuldeiser grote vrijheid. De schuldeiser kan echter zoals wij dat hiervoor zagen misbruik van zijn bevoegdheid maken in bijvoorbeeld de volgende gevallen:

- Hij de executie van een vonnis doorzet dat berust op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag.
- Na het vonnis feiten zijn voorgevallen of aan het licht zijn gekomen die maken dat door de executie aan de zijde van de geëxecuteerde een nood-toestand zal ontstaan.
- Als bij executie geen netto-opbrengst te verwachten is.
- Indien bij een geringe schuld een minder bezwarende goed kan worden uitgewonnen en bijvoorbeeld een woonhuis kan worden ontzien.

In de volgende hoofdstukken gaan wij in op een aantal specifieke thema's die in een faillissement kunnen spelen en waarbij een belangenconflict aan de orde kan zijn. Wij menen dat deze normen uit het beslag- en executierecht ook in faillissement een rol kunnen spelen.

5. Het woonhuis van de gefailleerde

Een gefailleerde natuurlijk persoon is soms (mede)huurder of (mede-)eigenaar van een woonhuis. Indien de gefailleerde zijn woonhuis dreigt kwijt te raken, dan heeft dit vanzelfsprekend grote impact. Dit vierde hoofdstuk spitsen wij toe op het woonhuis van de gefailleerde. Daarbij gaan wij eerst in op eventuele verkoop van de koopwoning van de gefailleerde (§ 5.1) en vervolgens op de situatie waarin de gefailleerde een woning huurt (§ 5.2). Wij maken twee algemene opmerkingen vooraf.

In de Grondwet en in het EVRM liggen rechten van de gefailleerde besloten die betrekking hebben op de woning en zijn persoonlijke levenssfeer. Zo ligt in artikel 12 Grondwet het recht van onschendbaarheid van de woning besloten. Dit grondrecht beschermt het ongestoord verblijf in een ruimte die tot exclusief verblijf voor een persoon of een beperkt aantal personen is bestemd. In artikel 8 EVRM is het recht op eerbiediging van het privéleven, familie- en gezinsleven

en de woning vastgelegd. Deze grondrechten strekken niet tot bescherming van de eigendom of de huur.²⁷

Gelet op het belang voor de gefailleerde, menen wij dat bij aanvang van het faillissement tussen de curator en de gefailleerde overleg dient plaats te vinden over de voorgenomen aanpak met betrekking tot het woonhuis. Daarnaast zou een curator de gefailleerde steeds moeten informeren als er concrete ontwikkelingen zijn met betrekking tot het woonhuis.

5.1 *Verkoop woonhuis door de curator*

De curator kan niet altijd het woonhuis van de gefailleerde verkopen. Bij de belangenafweging die hierbij plaatsvindt is – net als in het beslag- en executierecht – van belang in hoeverre daarvan netto-opbrengst te verwachten is. Pas bij zicht op daadwerkelijke opbrengst lijkt verkoop gerechtvaardigd. Deze kwestie is in de jurisprudentie meerdere keren aan de orde geweest.

De Hoge Raad oordeelde in 1995²⁸ over een verzoek van een gefailleerde en zijn partner die niet wilden dat hun woning door de curator werd verkocht. Eerst verzochten zij de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw aan de curator te bevelen de verkoop van de woning na te laten. Uitgangspunt was dat verkoop, na aflossing van de hypotheek, een opbrengst van f 40.000 kon opleveren. Daarvan kwam de helft aan de boedel toe. De boedelschulden (met name salaris curator) bedroegen ongeveer f 16.500, zodat slechts een bedrag van f 3.500 beschikbaar zou komen voor de faillissementsschuldeisers. De rechtbank oordeelde dat een opbrengst voor de boedel van f 20.000 zodanig was dat niet gezegd kon worden dat de belangen van de gefailleerde onevenredig werden geschaad. De Hoge Raad treedt niet in de belangenafweging, omdat die van feitelijke aard is. De Hoge Raad overweegt wel dat de rechtbank in die afweging terecht ook de rechten van boedelcrediteuren had betrokken. De conclusie hiervan is dat een curator zelfs op verkoop mag aansturen als alle opbrengst aan zijn salaris op zou gaan.

De curator die de hypotheekhouder een termijn ex artikel 58 Fw stelt om tot verkoop van het woonhuis over te gaan, kan daarbij ook misbruik van zijn bevoegdheid maken. In 2015 oordeelde de Hoge Raad over een termijnstelling in een situatie dat geen sprake van overwaarde was.²⁹ De curator stelde de

27. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, 3, p. 20 en J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 38.

28. HR 16 juni 1995, *NJ* 1996/553 (*K. en L./Jukema q.q.*).

29. HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/308 (*A./Van der Molen q.q.*).

termijn om zo te proberen middelen te realiseren om de boedelschulden te kunnen voldoen. Vaststaand feit was echter dat de hypotheekhouder de termijn niet zou laten verlopen. De Hoge Raad oordeelde dat het oordeel van de rechtbank “*dat uitoefening door de curator van zijn in artikel 58 Fw gegeven bevoegdheden zal leiden tot dekking van de faillissementskosten en dat de curator derhalve een in redelijkheid te respecteren belang heeft bij de uitoefening van die bevoegdheden*” onbegrijpelijk is. Daarbij merkt de Hoge Raad op dat ook indien de termijnstelling niet meer ongedaan gemaakt kon worden, geldt dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat (verdere) uitoefening van zijn bevoegdheden door de curator misbruik van bevoegdheid oplevert.

Verstijlen noemt in zijn proefschrift een – niet gepubliceerd – voorbeeld dat de verkoop van een woonhuis betrof.³⁰ Het woonhuis had een overwaarde van f 145.000. De gefailleerde verzocht de rechter-commissaris (op grond van artikel 69 Fw) te bevelen om de verkoop van de woning op te schorten tot na de verificatievergadering, zodat hij de gelegenheid had om de overwaarde gefinancierd te krijgen. De curator meende dat vanwege de dalende prijzen niet gewacht kon worden met de verkoop van de woning, zodat hij conform artikel 101 Fw wilde overgaan tot verkoop. De rechter-commissaris oordeelde dat het belang van de gefailleerde in deze situatie opwoog tegen het belang van de boedel. In de belangenafweging speelde mee dat onvoldoende was gebleken dat sprake zou zijn van dalende prijzen. Zoals wij hiervoor in hoofdstuk 2 hebben toegelicht is artikel 101 lid 1 Fw inmiddels gewijzigd. Desalniettemin blijft dit oordeel van de rechter-commissaris van belang. Wij menen dat als de curator tot verkoop van het woonhuis wil overgaan, het van belang kan zijn dit pas te doen nadat met de gefailleerde overleg is gevoerd over de vraag of hij eventuele overwaarde elders gefinancierd kan krijgen. Aan de andere kant geldt dat, indien een curator voldoende kan onderbouwen dat overwaarde verdampt als wordt gewacht met verkoop, ook als onzeker is of verkoop noodzakelijk is om de schulden te voldoen, verkoop wel gerechtvaardigd kan zijn. Dit komt steeds neer op een afweging van belangen.

Over een dergelijke situatie heeft de Rechtbank Midden-Nederland zich in 2018 uitgelaten. De gefailleerde had de rechter-commissaris verzocht om de verdere vereffening van zijn vermogen te staken totdat definitief zou zijn beslist op zijn klacht bij de Accountantskamer tegen KPMG. Uit de procedure bij de Accountantskamer zou moeten blijken dat de vorderingen op basis waarvan zijn faillissement was uitgesproken, onterecht zouden zijn en dat de gefailleerde

30. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 147.

nog vorderingen op de faillissementsaanvragers en KPMG had. De curator vond het aanhouden van de vereffening niet in het belang van de boedel. De rechter-commissaris oordeelt als volgt:

“De curator verricht zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en heeft daarbij grote beleidsvrijheid. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is in het algemeen dat tijdig en kostenefficiënt tot vereffening van het vermogen wordt overgegaan. Er is geen rechtsregel op basis waarvan de curator bij het vereffenen van verschillende vermogensbestanddelen een volgorde moet aanhouden. Desondanks moet de curator streven naar een wijze van vereffening waarbij uw [gefailleerde, FB en IL] belangen zo min mogelijk worden geschaad.

[...]

Naar mijn oordeel zijn er geen gronden om tegen deze beleidskeuze van de curator op te treden. Het bestaan van een vordering op KPMG en de omvang daarvan is zeer onzeker. Het vaststellen van een eventuele vordering zal tijdrovend en kostbaar zijn. Er moeten eerst meerdere klachten worden behandeld door de Accountantskamer en daarna moet naar verwachting een civiele procedure worden doorlopen. Onder dergelijke omstandigheden heeft de curator terecht het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een spoedige vereffening laten prevaleren. Hierbij is mede van belang dat ook buiten faillissement uw schuldeisers de mogelijkheid hadden gehad om tot executoriale verkoop van uw woning, inboedel en de aandelen over te gaan. Ook buiten faillissement is er, behoudens gevallen van misbruik van bevoegdheden, geen rechtsregel die schuldeisers dwingt de vaststelling en inning van een eventuele vordering op KPMG af te wachten.”³¹

De rechter-commissaris legt hier – onzes inziens terecht – het verband met het beslag- en executierecht. De gefailleerde is tegen de beslissing van de rechter-commissaris in hoger beroep gegaan. De rechtbank heeft zich – ten aanzien van het geciteerde onderdeel – bij het oordeel van de rechter-commissaris aangesloten en die motivering de zijne gemaakt. Daar voegt de rechtbank nog aan toe:

“Zelfs als de rechtbank er veronderstellenderwijs vanuit zou gaan dat appellant gelijk zou krijgen, is het gezien de opstelling van zowel KPMG als de faillissementsaanvragers uitgesloten dat zij grote sommen aan schadevergoeding gaan betalen en/of hun vorderingen alsnog op nihil stellen, zonder grote

31. Rechter-commissaris Rechtbank Midden-Nederland 10 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1474, r.o. 2.3 en 2.4.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

*inspanningen van de curator. Nu de tot op heden gemaakte kosten het actief al overschrijden en de woning en inboedel belangrijke activa zijn die voor de boedel nog een saldo zullen opleveren, zullen deze hoe dan ook moeten worden verkocht om te voorzien in de kosten die dan zouden moeten worden gemaakt.”*³²

Wij leiden hieruit af dat er geen regel is waaruit volgt dat de curator bij de executie van het vermogen van de gefailleerde een bepaalde volgorde moet aanhouden. Daarnaast volgt uit deze uitspraak dat de curator kan kiezen voor tegeldemaking van de activa waarvan dat het meest eenvoudig is. De curator mag het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een spoedige vereffening laten prevaleren. Vergeleken met het beslag- en executierecht is dit ook logisch. Ook een schuldeiser heeft belang om tegen zo laag mogelijke kosten zijn vordering zo spoedig mogelijk voldaan te krijgen. De curator heeft voor de gezamenlijke schuldeisers hetzelfde belang.

In de casus die ten grondslag ligt aan het arrest *X./Stadig q.q.* van het Hof 's-Hertogenbosch voerde de gefailleerde aan dat verkoop van het woonhuis niet nodig was, omdat alle schulden voldaan konden worden uit andere vermogensbestanddelen. Het hof stelde vast dat dit niet het geval was en achtte daarom verkoop geoorloofd.³³

Een andere vraag die zich in de jurisprudentie heeft voorgedaan is of de curator van de gefailleerde ontruiming kan vorderen, zodat de woning ontruimd te koop kan worden aangeboden. Ook dan is sprake van een belangenafweging. In een door Hof 's-Hertogenbosch in 1976 beslist geval is geoordeeld dat de gefailleerde de woning inderdaad moest ontruimen.³⁴ Het ging hier om een gefailleerde die voor het faillissement zijn crediteuren had benadeeld en ook tijdens het faillissement niet meewerkte. In de belangenafweging die het hof maakt geeft het belang van de boedel, om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren door de woning leeg te koop aan te bieden, de doorslag. De Rechtbank Utrecht oordeelde in 1970 (in een casus waarbij niet is aangevoerd dat de gefailleerde de curator tegenwerkte) dat geen gebruiksrecht kon worden afgesplitst van het eigendomsrecht en dat een gefailleerde (en zijn gezin) niet zonder recht en titel in een woning verbleven.³⁵ Ook in een later arrest heeft het Hof 's-Hertogenbosch ontruiming van de woning van de gefailleerde toegestaan.³⁶ In die procedure kwam onbe-

32. Rechtbank Midden-Nederland 3 mei 2018, *RI* 2018/69, r.o. 6.10.

33. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *RI* 2018/28 (*X./Stadig q.q.*).

34. Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 1976, *NJ* 1977/145.

35. Rechtbank Utrecht 11 september 1970, *NJ* 1971/19.

36. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *RI* 2018/28 (*X./Stadig q.q.*)

twist vast te staan dat de woning in onbewoonde staat meer zou opbrengen. In de betreffende casus stelde de gefailleerde de hoogte van de vordering van de fiscus ter discussie. Het hof heeft echter vastgesteld dat ook wanneer de vordering zou worden bijgesteld steeds een aanzienlijke belastingschuld over zou blijven, zodat executie van de woning noodzakelijk was om de boedel te kunnen vereffenen.

Samengevat geldt dat de curator bij zijn keuze om een woonhuis al dan niet te verkopen een belangenafweging moet maken. Verkoop lijkt in beginsel enkel geoorloofd als er ook zicht is op opbrengst voor de boedel. Als dat perspectief ontbreekt, kan de curator in beginsel niet verkopen en kan hij verkoop ook niet bewerkstelligen door een termijn aan de hypotheekhouder te stellen. Hoeveel opbrengst er moet zijn om verkoop (of termijnstelling) te rechtvaardigen, is niet exact te zeggen. Naar ons idee moet het gaan om een substantieel bedrag. Dat die opbrengst vervolgens opgaat aan boedelkosten, maakt niet dat de verkoop ongeoorloofd is. De curator moet echter wel rekening houden met de belangen van de gefailleerde. Zeker als in het faillissement (mogelijk) sprake is van een surplus, dan is een zorgvuldige belangenafweging van de curator gewenst als hij beslist welke activa hij (al) te gelde maakt. Het ontzien van het woonhuis kan opportuun zijn. Bij onzekerheid over het passief, kan terughoudendheid gewenst zijn. In de afweging die de curator maakt kan voor de curator ook meespelen wat het alternatief op de huurmarkt zal zijn.³⁷

In aanvulling op het voorgaande merken wij nog het volgende op. Indien sprake is van (over)waarde en de curator een belang heeft om dat te gelde te maken, dan kan de curator soms meewerken aan minder ingrijpende opties. In dat kader kan gedacht worden aan:

- Het door gefailleerde zelf aan laten dragen van een koper, zodat hij met de koper afspraken kan maken over de mogelijkheid om in het woonhuis te blijven wonen.³⁸
- De gefailleerde in staat stellen met hulp van een derde de overwaarde aan de boedel te vergoeden.

37. Op de website wsnp.rvr.org staat in een QenA beschreven wat er in WSNP gebeurt met een eigen woning. De eerste keus is uiteraard aan de hypotheekhouder. Daarna is het antwoord: *“Of de woning verkocht wordt, beslist de rechter-commissaris op basis van onder andere de volgende punten: Heeft de woning overwaarde of onderwaarde? Heeft de woning hoge maandlasten? Kunt u de maandlasten van de woning betalen van uw netto inkomen? Hoe hoog zijn de huurlasten als uw woning is verkocht en u gaat in een huurwoning wonen?”* www.bureauwsnp.nl/voor-burgers/veelgestelde-vragen/gevolgen-wsnp/wat-gebeurt-er-met-mijn-koopwoning-in-de-wsnp, datum geraadpleegd 14 oktober 2018.

38. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *RI* 2018/28 (*X./Stadig q.q.*), r.o. 4.1.1.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

Ook een geheel ander soort belangenconflict zou zich bij een koopwoning nog voor kunnen doen. Wij zien dit belangenconflict in de situatie dat geen sprake is van overwaarde en de gefailleerde aan de curator verzoekt de woning over te dragen aan een huisgenoot of familielid alvorens tot afwikkeling van het faillissement wordt overgegaan. De gefailleerde kan zo proberen te voorkomen dat zijn schuldeisers na het faillissement weer beslag op de woning gaan leggen.³⁹ Het is wat ons betreft niet wenselijk dat een curator hieraan meewerkt. Een curator behoort immers niet mee te werken aan het verslechteren van de verhaalsmogelijkheden voor de crediteuren.

5.2 Huurwoning gefailleerde

In de hiervoor besproken gevallen ging het steeds om de situatie dat de gefailleerde eigenaar van een woning is. In veel faillissementen huurt de gefailleerde een woning. Hoe dient de curator dan te handelen? Kan hij zomaar de huurovereenkomst opzeggen?

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever de opzeggingsbevoegdheid van artikel 39 Fw ook heeft bedoeld voor de huurwoning van de gefailleerde.⁴⁰ De vraag of de curator de huurovereenkomst van een woning van een natuurlijke persoon kan opzeggen, kan wat ons betreft niet altijd zonder meer positief worden beantwoord. Het kan van belang zijn om de huurovereenkomst op te zeggen indien duidelijk is dat de gefailleerde de maandelijkse huurverplichtingen niet kan voldoen. De curator dient immers te voorkomen dat de boedel geconfronteerd wordt met nieuwe boedelschulden. Voor de gefailleerde en zijn gezin heeft de opzegging daarentegen grote gevolgen.

Bij de beraadslaging over artikel 39 Fw in de Eerste Kamer heeft Vlielanders Hein aangevoerd dat de mogelijkheid van opzegging door de curator ongeachtvaardigd is in het geval waarin de huurder heeft gezorgd voor een *“paar solide borgen [...] om onder alle omstandigheden zeker van zijn geld te zijn”*.⁴¹ De Minister van Justitie verwijst in zijn antwoord naar de belangenafweging die is gemaakt en merkt op: *“Aan den curator is het recht gegeven van opzeggen, en wel met het doel om eene vereffening van de boedel mogelijk te maken en schade voor den boedel te voorkomen.”*⁴² Bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid door de

39. Uiteraard speelt dit niet als een faillissement eindigt door middel van een geslaagd akkoord of indien alle schuldeisers worden voldaan.

40. Van der Feltz I, p. 427.

41. Van der Feltz I, p. 425.

42. Van der Feltz I, p. 427.

curator, moeten deze doelen derhalve voor ogen worden gehouden. Wat ons betreft zouden in de afweging van de curator (en de rechter-commissaris) de volgende aspecten een rol kunnen spelen.

Indien sprake is van een acceptabele huurprijs en de gefailleerde de huurverplichtingen kan voldoen uit het inkomen dat hij mag behouden, dan is opzegging over het algemeen niet gerechtvaardigd. De bevoegdheid om de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw op te zeggen kan zowel door de verhuurder als door de curator worden misbruikt. In het arrest *BabyXL* overwoog de Hoge Raad over een beëindigingsclausule: *“Ten slotte kan in voorkomend geval een beroep op een beding als het onderhavige worden tegengegaan met een beroep op artikel 6:248 lid 2, met name in gevallen waarin ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling van de huur gedurende de surséance is verzekerd.”*⁴³ In het verlengde daarvan nemen wij aan dat huuropzegging door de curator op grond van artikel 39 Fw misbruik van bevoegdheid kan opleveren indien de doorbetaling van de huur is verzekerd. Het lijkt ons op de weg van de gefailleerde te liggen dat hij gefundeerd aanvoert dat wanbetaling niet te verwachten is.⁴⁴

Als de curator wil voorkomen dat hij wordt geconfronteerd met een boedelvordering vanwege wanbetaling door de gefailleerde, dan kan hij het inkomen van de gefailleerde op de boedelrekening ontvangen en de huur zelf betalen. De gefailleerde ontvangt dan slechts het vrij te laten bedrag minus de huur. De curator loopt dan niet het risico dat (voor hem ongemerkt) een achterstand ontstaat waarvoor de boedel aansprakelijk is.

Wanneer de gefailleerde een woning huurt met een te hoge huurprijs en voortzetting in het faillissement op lange termijn niet reëel is, dan zal beëindiging van de huurovereenkomst al snel gerechtvaardigd zijn. Schade voor de boedel dreigt dan immers. Bij een te hoge huurprijs zal echter niet altijd (direct) opgezegd hoeven te worden. Een overgangsperiode waarin de gefailleerde in staat wordt gesteld nieuwe woonruimte te vinden kan gewenst zijn. Voor de beoordeling of het toewijzen van een overgangsperiode noodzakelijk is, kan in een faillissement aansluiting worden gezocht bij de bepaling uit het Rapport VTLB die van toepassing is indien een schuldenaar is toegelaten tot de WSNP.⁴⁵ In dit rapport staat dat de periode waarvoor een correctie op de woonlasten wordt toegestaan kan worden beperkt door de rechter-commissaris:

43. HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/222 (*BaByXL*).

44. Vgl. Hof Arnhem 30 juni 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK4477, r.o. 4.16 en 4.17.

45. Te raadplegen via: www.bureauwsnp.nl/binaries/content/assets/wsnp/vtlb/archief-rapporten-rekenmethode/vtlb-rapport-juli-2018.pdf.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

“Een beperking in de periode kan bijvoorbeeld aan de orde zijn in de situatie dat de schuldenaar naar het oordeel van de rechter-commissaris zo spoedig mogelijk dient te verhuizen omdat de huur te hoog is (denk hierbij aan een huur die hoger is dan 1/3 van het netto inkomen) en aannemelijk is dat er goedkopere alternatieven beschikbaar zijn.”⁴⁶

Ook wanneer de curator goede grond heeft om de huurovereenkomst op te zeggen, kan soms een minder ingrijpende optie de voorkeur verdienen. Te denken valt aan de volgende mogelijkheden:

- 1) In overleg met de verhuurder, de gefailleerde en eventueel gezinsleden kan ervoor worden gekozen om de huurovereenkomst op naam van een gezinslid te zetten.
- 2) De curator kan de gefailleerde vragen of derden een (eventueel vooruit te betalen) bijdrage leveren voor de voldoening van de huur of daarvoor zekerheid willen stellen.
- 3) De curator kan de verhuurder verzoeken of hij afstand wil doen van zijn eventuele aanspraken op de boedel bij niet betaling door de gefailleerde. De verhuurder accepteert dan dat hij slechts een niet-verifieerbare vordering zal hebben als de gefailleerde niet betaalt. Het voordeel voor de verhuurder is dat eventuele leegstand wordt voorkomen. Verder kan deze variant van belang zijn indien de verhuurder een woningbouwvereniging is die na opzegging, op grond van urgentie waarop de gefailleerde (met zijn gezin) aanspraak kan maken, opnieuw moet verhuren.

6. Boedelactief (lijkt) groter dan het passief

Het kan voorkomen dat het boedelactief groter is of zou kunnen zijn dan de schuldenlast.

Wij noemen twee voorbeelden:

Voorbeeld 1

Een vennootschap had een eigen vermogen van € 4 miljoen. Door (vermeend) ernstig verwijtbaar handelen van een bestuurder is schade van € 5 miljoen toegebracht. De vennootschap – uiteraard vertegenwoordigd door een door de aandeelhouder als opvolger benoemde bestuurder – stelt deze bestuurder aansprakelijk. Vervolgens faillieert de vennootschap met een schuldenlast van circa € 1 miljoen.

46. Artikel 3.3.3. Rapport VTLB versie 1 juli 2018.

Voorbeeld 2

Een schuldenaar heeft een vordering op een derde van € 5 miljoen. Die vordering is pas over tien jaar opeisbaar. Door liquiditeitsnood gaat deze schuldenaar failliet. Ook hier bedraagt de schuldenlast circa € 1 miljoen.

Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat zij hun vordering (volledig) voldaan krijgen. Brengt de taak van de curator dan in eerste instantie niet meer mee dan te proberen het boedeltekort voldaan te krijgen? Als dat zo is, dan zou de curator zijn taak behoorlijk uitoefenen indien hij in het eerste voorbeeld een schikking voor € 1 miljoen met de voormalig bestuurder treft. In het tweede voorbeeld zou de curator ervoor kunnen kiezen om de vordering voor € 1 miljoen over te dragen aan een handelaar in vorderingen.⁴⁷ In beide situaties krijgen de schuldeisers hun vordering volledig voldaan. Toch is dit niet zonder meer de juiste weg. Op grond van het arrest *Veluwse Nutsbedrijven* dient de curator bij de keuzes die hij maakt ook rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde.⁴⁸ Het is een gerechtvaardigd belang van de gefailleerde (en zijn aandeelhouder) dat de maximale opbrengst wordt gerealiseerd.

Een bijzonder voorbeeld is de casus die heeft geleid tot het arrest *Brandwijk-Gruis/Jurgens q.q.*⁴⁹ In de boedel zat een aandelenpakket met een waarde van f 20 miljoen. De crediteurenlast bedroeg ongeveer f 3 miljoen. De gefailleerde had de aandelen – zonder toestemming van de curator – verkocht aan zijn broer voor f 7,5 miljoen. Bij verkoop van de aandelen aan de broer konden derhalve alle schuldeisers worden betaald. De curator had echter een andere koper gevonden die de aandelen voor een veel hoger bedrag wilde kopen, zodat een hogere opbrengst gerealiseerd kon worden dan bij verkoop aan de broer. De rechtbank oordeelde dat de curator “*alle bij de boedel betrokken belangen gelijkmatig, overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak, behartigt en dat doet op zodanige wijze dat de boedel daarbij het meeste voordeel heeft. Hij dient dus ook rekening te houden met de belangen van de gefailleerde. Dit betekent dat hij zich niet zonder meer hoeft neer te leggen bij een door de gefailleerde aangegane transactie die wel tot gevolg heeft dat alle thans bekende schuldeisers, met inbegrip van de boedelcrediteuren, volledig kunnen worden betaald, maar die de boedel enkele miljoenen guldens tekort doet*”. In de afweging die volgt, oordeelt de rechtbank dat de curator onzorgvuldig

47. Hiertoe is hij bevoegd op grond van artikel 176 Fw.

48. HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

49. Kenbaar uit HR 28 juni 1991, NJ 1991/727 (*Brandwijk-Gruis/Jurgens q.q.*).

handelen jegens de boedel verweten zou kunnen worden als hij de transactie in stand zou laten. Met Verstijlen zijn wij van mening dat de curator zich bij het bepalen van zijn beleid vooral moet richten naar de belangen van de gefailleerde als duidelijk is dat alle schulden kunnen worden voldaan.⁵⁰ Verstijlen merkt op dat als de belangen van de schuldeisers niet in het geding zijn – als dus iedereen volledig kan worden voldaan – hij geen reden ziet waarom de curator of de rechtbank het beter zou moeten weten dan de gefailleerde zelf. Mogelijkerwijs heeft de mate waarin de gefailleerde zijn wil kon bepalen meegespeeld in het oordeel van de rechtbank.⁵¹ De schuldeiser die in cassatie ging werd niet ontvankelijk verklaard, omdat zij geen belang had. Wat de uitkomst ook zou zijn, zij zou immers steeds op korte termijn volledig voldaan kunnen worden. De Hoge Raad oordeelde dus niet inhoudelijk.

Een tweede voorbeeld betreft een zeer schrijnende casus waarbij sprake was van letselschade. De latere gefailleerde T had zich in een letselschadekwestie laten bijstaan door een advocaat. Toen T de advocaat liet weten hem niet meer te kunnen betalen is een deel van de vordering overgedragen aan de door familieleden van de advocaat bestuurde Nederlandse Letselschadestichting (NLS). De advocaat wordt tuchtrechtelijk veroordeeld, omdat hij T niet had gewezen op de mogelijkheid van een toevoeging en een belangenconflict had. NLS schikt vervolgens met toestemming van T met de verzekeraar van de aansprakelijke partij voor € 750.000. T zou € 340.000 ontvangen. De overige € 410.000 zou naar NLS en de advocaat gaan. T was het met de verdeling van het bedrag niet eens en sprak NLS en de advocaat in rechte aan. T is in twee instanties in het ongelijk gesteld en veroordeeld in de kosten, waarop NLS (met als steunvordering de vordering van de advocaat) het faillissement van T heeft aangevraagd. T werd failliet verklaard en de curator trof vervolgens een schikking met NLS en de advocaat. Die schikking werd door de rechter-commissaris goedgekeurd. Met de schikking is de boedel net toereikend om alle schuldeisers te voldoen, waarmee geldt dat ook NLS en de advocaat hun ingediende vorderingen volledig krijgen voldaan. T gaat tegen de beschikking van de rechter-commissaris in beroep, maar de rechtbank oordeelt dat de curator in zijn belangenafweging primair acht moet slaan op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de curator kunnen volstaan met een voorlopige inschatting van de risico's van doorprocederen. De Hoge Raad meent dat gelet op de specifieke omstandigheden van deze casus, bijzondere aandacht had moeten zijn voor de positie van T. De rechtbank kon er niet mee volstaan te oordelen dat de kans van slagen van het

50. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 146.

51. Zie daarover r.o. 17 en 18 in het oordeel van de rechtbank.

cassatieberoep niet groot was. Hetgeen T naar voren had gebracht, had voor de rechtbank aanleiding moeten zijn om de bezwaren van T tegen het arrest van het hof in de belangenafweging te betrekken.⁵²

Een derde voorbeeld betreft de Antilliaanse casus inzake Billy Folly. Een grote hoeveelheid geschillen leidde tot een vaststellingsovereenkomst tussen curatoren in drie verschillende faillissementen. Een 100%-uitdeling was in het faillissement van Billy Folly te verwachten. Opbrengstmaximalisatie en beperking van het passief was daardoor in het belang van de schuldeisers met niet-verifieerbare vorderingen en aandeelhouder van de gefailleerde. Curatoren sloten echter een overeenkomst waardoor het surplus feitelijk toekwam aan betwiste crediteuren.⁵³ Uit de jurisprudentie over deze casus blijkt dat het vermijden van vertraging, proceskosten en procesrisico's in de afwikkeling van de faillissementen een in acht te nemen belang van de gezamenlijke schuldeisers is.⁵⁴ Daarbij heeft de curator beleidsvrijheid.⁵⁵ De curator hoeft in beginsel niet de belangen van een individuele schuldeiser bij het geldend maken van post-faillissementsvorderingen te behartigen. Hij kan die belangen echter wel zodanig schaden, dat dit onrechtmatig is. Dat zal niet snel aan de orde zijn, omdat het behartigen van die belangen niet tot de taak van de curator behoort.⁵⁶

Als een surplus in een faillissement aan de orde is, dan hebben de faillissementscrediteuren geen belang. De enige voor wie de keuzes van de curator dan nog relevant zijn, zijn (de aandeelhouder van) de gefailleerde en de schuldeisers met niet-verifieerbare (rente)vorderingen. Alle partijen zijn dan echter niet ontvankelijk in een verzoek op grond van artikel 69 Fw. Faillissementscrediteuren hebben in beginsel geen belang.⁵⁷ De aandeelhouder behoort niet tot de kring van belanghebbenden. Een schuldeiser die opkomt voor het belang

52. HR 11 oktober 2013, *JOR* 2014/84, m.nt. Bremer. Zie over dit arrest ook F.M.J. Verstijlen, 'Wat het faillissementsrecht vermag', *TvI* 2014/1.

53. Deze casus is kenbaar uit een aantal gepubliceerde uitspraken, te weten: HR 20 januari 2006, *JOR* 2006/161; Rechter-commissaris 25 januari 2006, *JOR* 2006/162; Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 24 februari 2006, *JOR* 2006/163; Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 2 juni 2006, *JOR* 2006/199 en Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 8 augustus 2006, *JOR* 2006/257.

54. Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 8 augustus 2006, *JOR* 2006/257.

55. Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 24 februari 2006, *JOR* 2006/163, r.o. 8.3.

56. Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 8 augustus 2006, *JOR* 2006/257, r.o. 4.6.

57. Zie HR 28 juni 1991, *NJ* 1991/727.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

dat hij heeft met een niet-verifieerbare (rente)vordering, wordt niet geschaad in een belang dat hij als schuldeiser heeft.⁵⁸

Wij menen dat het onwenselijk is dat de partijen wiens belangen in het geding zijn, in dit soort situaties geen invloed kunnen uitoefenen. Gelet op de grote beleidsvrijheid die curatoren hebben, zal aansprakelijkheid pro se niet snel aan de orde zijn. Wij zouden er daarom voor willen pleiten om in ieder geval in situaties dat er mogelijk zicht is op een surplus, ook de crediteuren met niet-verifieerbare vorderingen en (de aandeelhouder van) de gefailleerde ontvanke-lijk te laten zijn in een verzoek op grond van artikel 69 Fw.

7. De omvang van het passief

In eerste instantie lijken de belangen van de boedel en de gefailleerde parallel te lopen als het gaat om het beperken van het passief. Dat is echter niet steeds het geval. De curator zal zich doorgaans slechts inspannen voor het beperken van het passief als de betreffende crediteur ‘in the money’ is of zou kunnen zijn. Indien geen uitdeling aan concurrente crediteuren te verwachten is, dan zal het voor de curator niet zinvol zijn om het concurrente passief waar mogelijk te beperken. Indien geen uitkering op fiscale vorderingen te verwachten is, dan zal de curator weinig belang hebben bij vaststelling van de juiste fiscale vordering.

Aan de andere kant kunnen er toch belangen spelen waarom het passief beperkt moet worden. Wij noemen een aantal voorbeelden:

- De gefailleerde is een natuurlijke persoon die na afwikkeling van zijn faillissement niet van de schuldenlast is bevrijd.
- De gefailleerde wil een akkoord aanbieden.
- Gelieerde (rechts)personen hebben een belang bij beperking van het passief, omdat zij – bijvoorbeeld op grond van een afgegeven 403-verklaring – hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schulden van de gefailleerde.

Verstijlen merkt terecht op dat de curator niet de belastingadviseur van de gefailleerde is.⁵⁹ In de gevallen waarin de boedel geen belang heeft bij beperking van de fiscale vordering, zal de te maken belangenafweging vaak met zich meebrengen dat de curator niet gehouden is om bezwaar te maken. Met Verstijlen menen wij wel dat van de curator kan worden verwacht dat hij de gefailleerde informeert over een opgelegde aanslag, zodat deze eventueel zelf

58. Rechter-commissaris 25 januari 2006, *JOR* 2006/162.

59. F.M.J. Verstijlen, ‘De persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator’, *WPNR* 6154, p. 701.

bezwaar kan maken. Wij zijn van mening dat een curator partijen die daarbij een voldoende belang hebben in staat moet stellen om het passief te beperken als dat mogelijk is. Indien de curator daarvoor kosten moet maken, dan kan hij als voorwaarde voor zijn medewerking een boedelbijdrage vragen. In sommige gevallen kan de gefailleerde ook buiten bezwaar van de boedel een procedure voeren om een fiscale vordering te reduceren.⁶⁰

Ook schikkingen die de curator treft, kunnen invloed hebben op de omvang van het passief. Als de schikking een verifieerbare vordering betreft, dan wordt over het algemeen aangenomen dat een schikking door de curator geen afbreuk kan doen aan het recht van andere crediteuren en de gefailleerde om deze vorderingen te betwisten.⁶¹

8. Kansrijke of kansloze procedures en schikkingen

De meeste curatoren hebben zich weleens geconfronteerd gezien met een gefailleerde die vertelde dat tegen allerlei partijen zeer kansrijke procedures gevoerd moeten worden. Soms zijn die procedures al gestart, soms moeten ze nog worden gestart. Een curator dient steeds een zorgvuldige afweging te maken of hij een bepaalde procedure wil starten of overnemen. Een schikking kan de voorkeur verdienen. Bij de afweging om te procederen of te schikken gaat het om de vraag of de kans op een uiteindelijk te behalen positief resultaat opweegt tegen het procesrisico. De Rechtbank Alkmaar overwoog:

*“dat bij het aangaan van een schikking een inschatting moet worden gemaakt van de kans dat met procederen, in aanmerking genomen de daarbij te maken kosten, per saldo een beter of slechter resultaat zou zijn behaald. Deze kans dient te worden afgewogen tegen het risico van verlies van de procedure, appèlinstanties daaronder begrepen, en de gevolgen daarvan”.*⁶²

Als op datum faillissement al een procedure aanhangig is en de curator die procedure overneemt, dan kan de gefailleerde geen rechtsmiddel instellen. Dat kan alleen de curator.⁶³ De gefailleerde kan ook niet tussenkomen of zich voegen in verband met een eigenbelang.⁶⁴ Als de gefailleerde invloed wil

60. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *RI* 2013/28 (*X/Stadig q.q.*) r.o. 4.1.5.

61. Rechtbank Arnhem 24 maart 1921, *NJ* 1921, p. 1207 en Rechtbank Amsterdam 17 februari 1933, *NJ* 1933, p. 1468. Andere crediteuren en de gefailleerde zouden de vordering van deze crediteur via de weg van artikel 119 Fw respectievelijk artikel 126 Fw kunnen betwisten.

62. Rechtbank Alkmaar 3 februari 2000, *JOR* 2000/98.

63. HR 23 april 2010, *NJ* 2010/245 r.o. 3.2 en HR 12 april 2013, *JOR* 2014/111.

hebben op het verloop van een procedure en/of een eventuele schikking, dan zal hij het moeten hebben van de mogelijkheden van artikel 67 en 69 Fw. De doelmatigheid van de schikking kan aan de orde worden gesteld in een op grond van artikel 67 Fw ingesteld hoger beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris om te schikken. Een in de praktijk belangrijke beperking is dat betrokkenen doorgaans zeer beperkt op de hoogte zijn van de mogelijkheid (en korte termijnen) van een eventueel hoger beroep.⁶⁵ In dit kader is het als gevolg van de Wet modernisering faillissementsprocedure ingevoerde artikel 67 lid 2 Fw van belang. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen beschikkingen van de rechter-commissaris en rechtbank worden aangewezen die moeten worden gepubliceerd. Wij pleiten voor een ruime toepassing hiervan. Een debat vooraf over de vraag of een schikking doelmatig is en of op juiste wijze rekening is gehouden met de belangen van de gefailleerde, lijkt ons zinvoller en wenselijker dan een debat achteraf over de eventuele aansprakelijkheid van de curator.

Onder omstandigheden lijkt de curator verplicht om de gefailleerde op de hoogte te houden. De Toetsingscommissie van Insolad oordeelde in dit verband:

*“Onweersproken is dat de Curator zich geconfronteerd zag met een gefailleerde die veel correspondentie aan hem richtte en een groot aantal procedures entameerde. Desondanks blijft van belang dat de Curator Verzoeker informeert over zaken die voor Verzoeker van belang zijn. De Toetsingscommissie is van oordeel dat de Curator Verzoeker had behoren te informeren over de van de rechter-commissaris verkregen toestemming om aan doorhaling van het beslag mee te werken. De achtergrond hiervan is dat de Curator op grond van art. 1.1. van de Praktijkregels voor Curatoren [...] zich ook moet laten leiden door “andere belangen die een curator zich mede behoort aan te trekken”. In dit geval is dat (mede) het belang van gefailleerde, Verzoeker. In het geval Verzoeker was geïnformeerd over de verkregen toestemming, dan was Verzoeker immers in staat geweest daartegen eventueel hoger beroep in te stellen. Het voorgaande klemmt te meer nu Verzoeker gefailleerde, een natuurlijke persoon is en het handelen van de Curator voor Verzoeker ook na zijn faillissement gevolgen kan hebben.”*⁶⁶

64. Hof Amsterdam 5 december 2017, *RI* 2018/26.

65. R. Bremer, ‘Schikkingsperikelen tijdens faillissement’, *TvI* 2017/17 en HR 8 juni 1962, *NJ* 1963/525.

66. Toetsingscommissie Insolad 12 januari 2018, gepubliceerd in de Nieuwsbrief Insolad, *TvI* 2018/3, p. 21 e.v.

Als de curator geen heil ziet in de vorderingen die een gefailleerde op derden heeft, dan gaat hij uiteraard niet over tot het starten van een procedure en zal hij vermoedelijk ook geen schikking tot stand brengen. Desalniettemin kan het wel opportuun zijn – en is wat ons betreft denkbaar dat er omstandigheden zijn waarin dit van de curator verwacht kan worden – dat een curator de verjaring van de vorderingen wél stuit. Hierbij is immers van belang te realiseren dat als de curator niet procedeert of schikt én een vordering niet verjaart, de gefailleerde ook na zijn faillissement nog kan proberen deze vordering te incasseren. De curator is geen gratis advocaat van de gefailleerde en is niet gehouden alle vorderingen op derden te innen. Als de kosten voor de boedel niet opwegen tegen de daarvan te verwachten baten – er is dan geen zicht op netto-opbrengst – is nadere actie door de curator niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren.

In het beslag- en executierecht geldt – zoals wij in hoofdstuk 3 hebben beschreven – dat schuldeisers in beginsel de keuze hebben op welke activa zij zich verhalen.⁶⁷ Ook in een faillissement mag de curator kiezen welke activa hij te gelde maakt. De activa die tegen lage kosten te gelde gemaakt kunnen worden, zijn daarbij het aantrekkelijkst. Betwiste vorderingen zijn in dat kader minder aantrekkelijk. In het faillissementsrecht is niet wettelijk vastgelegd dat – gelijk als bij beslag conform artikel 477 Rv – een vordering moet worden geïnd. Schikkingen door curatoren zijn aan de orde van de dag. Doelmatige schikkingen, die in voldoende mate met het belang van de gefailleerde rekening houden, verdienen vaak de voorkeur boven een procedure.

Bij de afweging om een procedure te starten of over te nemen, merken wij nog op dat niet altijd de belangen van de verschillende crediteuren parallel lopen. Wij illustreren dat met een voorbeeld.

- Het boedelactief bedraagt 100.
- Het salaris curator (zonder procedure) bedraagt 40.
- De overige boedelschulden bedragen 60.
- De te maken kosten bij een procedure bedragen 50.
- Indien de vordering wordt toegewezen, ontvangt de boedel 200.

Als in dit voorbeeld de procedure niet succesvol is, dan kunnen niet meer alle boedelschulden voldaan worden. Als de procedure daarentegen wel succesvol is, is er een uitkering van 150 aan de faillissementsschuldeisers mogelijk.⁶⁸ Dit betekent dat de boedelschuldeisers bij het procederen een risico lopen, terwijl

67. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5547, r.o. 5.10

68. 200 opbrengst -/- 50 kosten = 150.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

het potentiële voordeel voor de faillissementsschuldeisers is. Ook als sprake is van dergelijke botsende belangen, dan zou doorslaggevend moeten zijn of de kans op een uiteindelijk te behalen positief resultaat opweegt tegen het procesrisico.

9. Afsluiting

Het belang van (de aandeelhouder van) de gefailleerde treedt vaker op de voorgrond dan in eerste instantie gedacht. Voor de bescherming van sommige belangen van de gefailleerde is een basis in de wet te vinden. In andere gevallen is (de aandeelhouder van) de gefailleerde aangewezen op een open norm die inhoudt dat de curator bij de uitoefening van zijn taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening moet houden. De curator oefent de rechten van de gezamenlijke schuldeisers uit. De normen uit het beslag- en executierecht kunnen daarom ook in een faillissement een rol spelen.

Het belang van (de aandeelhouder van) de gefailleerde treedt meer op de voorgrond op het moment dat de verwachting op een boedeloverschot reëler is. Als dit aan de orde is, dan is dus meer van belang dat de curator rekening houdt met zijn belangen (en wensen).

De curator heeft in beginsel een grote mate van beleidsvrijheid waar het gaat om de keuze welke activa hij op welke wijze te gelde wil maken. Het woonhuis van de gefailleerde verdient soms bijzondere bescherming. De curator heeft ook beleidsvrijheid als het gaat om het treffen van schikkingen en het starten of overnemen van procedures.

Wel zal de curator bij zijn handelen soms de nodige terughoudendheid in acht moeten nemen. Dit is bijvoorbeeld het geval als het faillissement nog niet onherroepelijk is, de gefailleerde een akkoord zou kunnen aanbieden of indien de omvang van het passief beperkt is. Steeds kan dit aanleiding zijn om niet het gehele vermogen van de gefailleerde (direct) te gelde te maken.

In deze bijdrage hebben wij geen antwoord gegeven op de vraag hoe een belangenafweging in een concreet geval uitpakt. Wij hebben slechts laten zien welke aspecten een rol kunnen spelen. Daarnaast hebben wij een overzicht gegeven van een aantal meer of minder bijzondere casusposities. Belangen afwegen blijft maatwerk.

Procedurele aspecten van het oorzakenonderzoek in faillissement

R.M. HERMANS¹

1. Inleiding

De redactie van deze bundel heeft mij gevraagd om een bijdrage te schrijven over de lessen die uit mijn proefschrift kunnen worden getrokken voor het oorzakenonderzoek in faillissement.² Mijn proefschrift heeft betrekking op het onderzoek in de enquêteprocedure. Ik heb daarin normatief beschreven hoe de Ondernemingskamer het onderzoek moet aansturen, hoe de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en hoe de raadsheer-commissaris daarop toezicht moet houden. Het oorzakenonderzoek in faillissement heeft met het enquêteonderzoek gemeen dat het een onderzoek is met betrekking tot het handelen en nalaten van een onderneming en haar organen dat achteraf wordt uitgevoerd, als er met de onderneming iets is misgegaan: de Ondernemingskamer heeft geoordeeld dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan juist beleid of een juiste gang van zaken (enquêteprocedure) of de rechter heeft de schuldenaar failliet verklaard.³ Er zijn echter ook aanzienlijke verschillen.

In de enquêteprocedure geeft een rechter, de Ondernemingskamer, opdracht tot het onderzoek en formuleert hij de onderzoeksopdracht (artikel 2:345 lid 1 BW jo. artikel 2:350 BW), terwijl het bij een oorzakenonderzoek in faillissement aan de curator is de onderzoeksopdracht te bepalen. In de enquêteprocedure wijst de Ondernemingskamer de onderzoekers aan (artikel 2:345 lid 1 BW jo. artikel 2:350 BW), terwijl in faillissement de curatoren kunnen bepalen of zij

-
1. Advocaat te Amsterdam, fellow van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. De auteur dankt prof. mr. R.D. Vriesendorp voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.
 2. R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure, Een normatieve beschrijving van de wijze waarop de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en de Ondernemingskamer het onderzoek moet aansturen, alsmede een vergelijking met het deskundigenonderzoek in de civiele procedure*, diss. Nijmegen, Serie Van der Heijden Instituut, nr. 145, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hierna te citeren als: 'proefschrift'.
 3. Ik ga er in deze bijdrage van uit dat het oorzakenonderzoek betrekking heeft op een in staat van faillissement verkerende rechtspersoon die een onderneming dreef. In de praktijk zal het niet snel voorkomen dat er naar de oorzaken van het faillissement van andere schuldenaren een onderzoek wordt ingesteld.

het onderzoek zelf uitvoeren of door derden (al dan niet kantoorgenoten) laten uitvoeren. In de enquêteprocedure bepaalt de Ondernemingskamer het onderzoeksbudget dat in beginsel ten laste komt van de onderneming; mocht dat niet toereikend zijn dan kunnen de onderzoekers verhoging daarvan verzoeken (artikel 2:350 lid 3 BW). Bij het oorzakenonderzoek is er geen onderzoeksbudget. Als de curatoren het onderzoek door een derde laten uitvoeren, sluiten zij een overeenkomst van opdracht met deze derde. Die overeenkomst behoeft niet door de rechter-commissaris te worden goedgekeurd. De curatoren zijn vrij om een uurtarief zonder urenrestrictie of een vaste prijs af te spreken. Zij kunnen dit als verschotten opvoeren voor de vaststelling van de salarisbeschikking door de rechtbank. Als de curatoren het onderzoek zelf of door kantoorgenoten laten uitvoeren, wordt hun salaris, en dat van hun kantoorgenoten, achteraf door de rechtbank vastgesteld (artikel 71 Fw).⁴

Zowel de onderzoekers als de curatoren beschikken voor de uitvoering van het onderzoek over specifieke bevoegdheden. De onderzoekers in de enquêteprocedure zijn gerechtigd tot het raadplegen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon. Bestuurders, commissarissen en werknemers van de rechtspersoon zijn verplicht hun alle inlichtingen te verstrekken (artikel 2:351 lid 1 BW). In faillissement hebben de curatoren vergelijkbare onderzoeksmogelijkheden. De curator beschikt over de bescheiden en andere gegevensdragers omdat hij die onder zich neemt (artikel 92 Fw). De gefailleerde en zijn bestuurders en commissarissen zijn verplicht de curator alle inlichtingen te verstrekken (artikel 105-106 Fw).

Het toezicht op het onderzoek is op verschillende wijzen geregeld. Sinds 2013 wordt in elk enquêteonderzoek een raadsheer-commissaris benoemd, die toezicht houdt op het onderzoek (artikel 2:350 lid 4 BW). Belanghebbenden kunnen de raadsheer-commissaris vragen de onderzoekers een aanwijzing te geven. In faillissement houdt de rechter-commissaris in algemene zin toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel (artikel 64 Fw). De rechter-commissaris kan de curatoren op verzoek een bevel geven, maar alleen de schuldenaar en de faillissementscrediteuren(commissie) kunnen hem een daartoe strekkend verzoek doen of tegen handelingen van de curator bij de rechter-commissaris opkomen (artikel 69 Fw). Deze ingang staat niet open voor boedelschuldeisers, (voormalige) bestuurders, commissarissen en aandeelhouders van de rechtspersoon en evenmin voor derden, zoals de accountant of adviseurs. Een laatste verschil betreft de publicatie van de resultaten van het onderzoek. In de enquêteprocedure is geregeld wie een exemplaar van het

4. De Faillissementswet bepaalt niet dat het salaris van kantoorgenoten van de curator door de rechtbank wordt bepaald. Dit is echter wel de praktijk. Zie artikel 6.3 (a) Recofa-richtlijnen, dat dit voorschrijft.

onderzoeksverslag krijgen en voor wie het ter inzage wordt gelegd (artikel 2:353 BW). In faillissement gelden hiervoor geen regels. De curator is gehouden periodiek een verslag uit te brengen over de toestand van de boedel (artikel 73a Fw). Daarin kan hij de uitkomst van het onderzoek vermelden, maar hij is daartoe niet verplicht. In een enkel geval wordt het volledige onderzoek gepubliceerd (onder andere DAF, Fokker en DSB Bank).

De genoemde verschillen zijn echter niet fundamenteel. De wijzen waarop de onderzoeken kunnen worden uitgevoerd zijn vergelijkbaar. Beide onderzoeken hebben met elkaar gemeen dat de personen door wie de onderneming heeft gehandeld, behoefte hebben aan rechtsbescherming, omdat het onderzoek kan resulteren in een aansprakelijkstelling of eventuele vervolgprocedures en beschadiging van hun reputatie. In beide onderzoeken bestaat het risico dat de wetenschap van een ongunstige afloop het oordeel van de onderzoekers of de curator over het handelen van de betrokken bestuurders en commissarissen en andere belanghebbenden beïnvloedt. Omgekeerd komt het in beide typen onderzoek ook voor dat degenen die het onderzoek verrichten door het indienen van klachten of het dreigen daarmee onder druk worden gezet. Ook de onderzoekers zelf hebben behoefte aan duidelijke regels over hun rechten en bevoegdheden. Naar deze aspecten heb ik in mijn proefschrift onderzoek verricht waar het de enquêteprocedure betreft. Het is interessant te onderzoeken in hoeverre er lessen uit mijn proefschrift kunnen worden getrokken voor het oorzakenonderzoek in faillissement.⁵

In deze bijdrage zal ik vooral ingaan op de procedurele aspecten van het oorzakenonderzoek in grote, complexe faillissementen.⁶ Waar ik niet op inga, zijn de methodologische aspecten van het onderzoek. Ik verwijs daarvoor naar de bijdrage van Giard aan deze bundel. Net als in mijn proefschrift hecht ik aan disclosure.⁷ Ik ben de laatste 30 jaar geen curator meer geweest. Als ik in mijn praktijk te maken heb met oorzakenonderzoeken is dat doorgaans aan de

5. Zie over het oorzakenonderzoek in faillissement de bijdragen van Giard en Oppedijk-Van Veen en Leferink aan deze bundel; R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20; R.D. Vriesendorp, '[**]it happens; then and now', *TvI* 2017/23; L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – *Curator, are you seeing the bigger picture?*', *TvI* 2018/42.

6. In kleinere faillissementen kan er ook aanleiding zijn een oorzakenonderzoek uit te voeren, maar dat zal veel beperkter van opzet kunnen en moeten zijn. Niet alle aanbevelingen die ik hier doe, zullen in een dergelijk faillissement uitvoerbaar zijn. Waar ik in mijn bijdrage evenmin op inga, is de legeboedelproblematiek en de consequenties die deze heeft voor het oorzakenonderzoek.

7. Proefschrift § 1.9.

verwerende kant.⁸ Net als bij het enquêteonderzoek ben ik vanuit mijn praktijkervaring kritisch op het gebrek aan rechtsbescherming. Dat kleurt mijn analyse en de aanbevelingen die ik doe. Ofschoon ik geprobeerd heb deze bijdrage zo objectief mogelijk te schrijven, heb ik daarom niet de illusie dat mij dat volledig is gelukt.

2. De regeling van het oorzakenonderzoek

2.1 Wettelijke regeling

Het woord ‘oorzakenonderzoek’ suggereert dat het om het achterhalen van de oorzaak of oorzaken gaat waardoor de schuldenaar failliet is gegaan. Het woord ‘oorzaken’ komt in de Faillissementswet één keer voor, en wel in artikel 116: ‘De gefailleerde’ (of bij een rechtspersoon de bestuurders van de gefailleerde) “woont de verificatievergadering in persoon bij, ten einde aldaar alle inlichtingen over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel te geven, die hem door de rechter-commissaris gevraagd worden.” Het woord ‘oorzaken’ in dit verband is neutraal. Het kan zowel gaan om oorzaken van het faillissement waarvoor de schuldenaar verantwoordelijk is, als oorzaken die hem min of meer zijn overkomen, zoals een incident of een ongunstige ontwikkeling van de markt. In de praktijk is deze bepaling nauwelijks van belang. Het merendeel van de faillissementen wordt opgeheven wegens gebrek aan baten (artikel 16 Fw) of vereenvoudigd afgewikkeld (artikel 137a e.v. Fw). In dat geval wordt er, niettegenstaande het bepaalde in artikel 108 Fw, geen verificatievergadering gehouden. Deze wordt alleen uitgeschreven als er een uitkering aan crediteuren kan worden gedaan. Dat is veelal in een laat stadium van de afwikkeling van het faillissement, als het oorzakenonderzoek al heeft plaatsgevonden. Voor de praktijk van het door de curator uit te voeren oorzakenonderzoek is het bepaalde in artikel 116 Fw daarom zonder veel praktische betekenis.

De gemiddelde curator zal bij het door hem in te stellen oorzakenonderzoek bovendien aan iets anders denken, namelijk aan een onderzoek naar de mogelijkheden om betrokkenen bij het faillissement (bestuurders, aandeelhouders, kredietverschaffers, accountant, adviseurs) aansprakelijk te stellen, een paulianavordering in te stellen of anderszins vermogen dat aan de boedel is onttrokken, daarin weer terug te laten vloeien. De grondslag voor die gedachte is te vinden in artikel 68 lid 1 Fw: de curator is belast met het beheer en de

8. In een complex faillissement ben ik als advocaat van een lid van de crediteurencommissie betrokken geweest bij een oorzakenonderzoek.

vereffening van de failliete boedel. Sinds 1 juli 2017 is door de Wet versterking positie curator aan artikel 68 Fw een nieuw tweede lid toegevoegd (onder vernummering van het oude tweede lid tot het derde lid) met een expliciete opdracht aan de curator:

*“De curator: (a) beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot; (b) informeert hierover de rechter-commissaris vertrouwelijk; en (c) doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.”*⁹

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de curator bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel verplicht is om te bezien of er sprake is van onregelmatigheden. Het woord ‘bij’ brengt tot uitdrukking dat deze rol voortkomt uit de traditionele taak van de curator: het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Bij de term ‘onregelmatigheden’ valt te denken aan het ontbreken van een adequate administratie, paulianeuze handelingen voorafgaand aan een insolventie en gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur. In de consultatiefase van het wetsvoorstel heeft Insolad gewezen op de staande praktijk dat de curator het oorzakenonderzoek beperkt houdt als er geen sprake is van verhaalsmogelijkheden. De regering heeft hierop in de memorie van toelichting gereageerd met de opmerking dat het oorzakenonderzoek beperkt kan blijven tot een ‘prima facie’ onderzoek bij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden, met dien verstande dat bij (signalen van) onregelmatigheden in ieder geval voldaan moet worden aan de informatieplicht jegens de rechter-commissaris.¹⁰ In het faillissementsverslag moet de curator aangeven hoe hij zich van zijn taak, bedoeld in artikel 68 lid 2, onder a en c Fw heeft gekweten (artikel 73a lid 3 Fw). De curator zal moeten vermelden of hij heeft gezien of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Ook zal hij moeten vermelden of hij melding of aangifte van onregelmatigheden heeft gedaan bij de bevoegde instanties.¹¹ Hij kan zich beperken tot een globale weergave, omdat het faillissementsverslag openbaar is en het niet altijd aangaat om in een vroeg stadium al publiek te maken dat er misschien ‘iets mis’ is met het faillissement. Dat zou de legitieme

9. Wet van 22 maart 2017 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), *Stb.* 2017, 124.

10. *Handelingen II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 12-13.

11. *Handelingen II* 2014/15, 3253, nr. 3, p. 16.

belangen van de failliet en de schuldeisers, alsmede de mogelijkheid van een doorstart, onnodig kunnen schaden.¹²

Buiten de Faillissementswet is er nog een relevante bepaling waarin de woorden ‘oorzaak van het faillissement’ voorkomen: artikel 2:138/2:248 lid 1 BW bepaalt dat in geval van faillissement van een nv of bv iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en *aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement*. Dit betekent dat de curator in een vordering gebaseerd op artikel 2:138/2:248 BW niet kan volstaan met stellen dat de bestuurder van de rechtspersoon kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd. Hij zal ook moeten aantonen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest en een eventueel verweer van de bestuurder dat externe oorzaken het faillissement hebben veroorzaakt, kunnen weerleggen. Dit geldt ook als de curator gebruik kan maken van de bewijsvermoedens van artikel 2:138/2:248 lid 2 BW. In dat geval staat weliswaar onweerlegbaar vast dat de bestuurder de vennootschap kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd, maar kan hij tegenbewijs leveren tegen het vermoeden dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dat tegenbewijs zal de curator moeten kunnen weerleggen.¹³ Hieruit volgt dat een curator, voordat hij een procedure op grond van artikel 2:138/2:148 BW start, grondig zal moeten onderzoeken of er geen externe oorzaken zijn die het faillissement kunnen hebben veroorzaakt. Dit geldt ook als de curator zijn vordering niet grondt op artikel 2:138/2:248 BW maar op artikel 2:9 of 6:162 BW. In dat geval wordt het causaal verband tussen de schade die de vennootschap respectievelijk de gezamenlijke crediteuren hebben geleden en het kennelijk onbehoorlijk bestuur door de bestuurder doorbroken als het faillissement een externe oorzaak heeft. Bij een pauliana-procedure geldt iets vergelijkbaars. Als het faillissement een externe oorzaak heeft, is het voor de curator lastiger aan te tonen dat de bestuurder door wie de vennootschap handelde wetenschap van benadeling had.

De conclusie is dat in het oorzakenonderzoek niet alleen het handelen of nalaten van de gefailleerde, zijn bestuurders, commissarissen, aandeelhouders, financiers en adviseurs moet worden onderzocht, maar ook de al dan niet aanwezigheid van externe oorzaken die het faillissement kunnen hebben veroorzaakt.

12. *Handelingen II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 5.

13. Zie hierover Y. Borrius, ‘Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te beteugelen?’, in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator*, Insolad Jaarboek 2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 23-48.

2.2 *Recofa-richtlijnen*

De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling (hierna: ‘Recofa-richtlijnen’), die per 1 juli 2018 zijn herzien, bevatten geen bepaling over het oorzakenonderzoek. De enige bepaling die indirect betrekking heeft op het oorzakenonderzoek is artikel 3.2 (d). Deze bepaling heeft betrekking op de machtiging die de curator behoeft om in rechte op te treden (artikel 68 lid 3 Fw). Indien zijn verzoek strekt tot het verkrijgen van een machtiging om te procederen inzake bestuurdersaansprakelijkheid, legt de curator een schriftelijk standpunt van iedere aangesproken bestuurder over en vermeldt hij of de aangesproken bestuurder verhaal biedt. Deze bepaling impliceert dat de curator die een bestuurder in rechte wil betrekken over zijn aansprakelijkheid, die bestuurder van zijn voornemen daartoe op de hoogte moet stellen met een uiteenzetting van de gronden waarop hij hem aansprakelijk houdt, en hem vervolgens de gelegenheid moet bieden om daarop te reageren. Dat kan hij alleen doen als hij voordien onderzoek heeft gedaan en de bestuurders met de uitkomsten daarvan heeft geconfronteerd. De Recofa-richtlijnen gaan niet in op de nieuwe taken die de curator heeft gekregen in de Wet versterking positie curator.

Ik vind het een omissie dat de Recofa-richtlijnen geen aandacht schenken aan het oorzakenonderzoek. Daarvoor bestaat alle aanleiding, gezien (a) het belang daarvan voor de afwikkeling van het faillissement; (b) de conflicterende belangen bij de uitvoering daarvan waarmee de curator kan worden geconfronteerd; (c) de kosten van het oorzakenonderzoek; en (d) de behoefte aan rechtsbescherming van bestuurders, commissarissen en andere betrokkenen bij dat onderzoek. De Recofa-richtlijnen steken bijzonder mager af bij de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in de enquête-procedure.¹⁴ Sinds de invoering daarvan in 2011 spelen deze een belangrijke rol in de praktijk van het onderzoek.¹⁵ De les die uit het enquêterecht kan worden getrokken, is dat het zinvol is als de rechterlijke macht zelf een aanzet geeft voor het ontwikkelen van richtlijnen en er niet op vertrouwt dat de rechtspraak die richtlijnen wel destilleert uit de jurisprudentie. In § 11.2 doe ik een aantal aanbevelingen voor op het oorzakenonderzoek betrekking hebbende onderwerpen die in de Recofa-richtlijnen zouden kunnen worden geregeld.

14. De Aandachtspunten worden momenteel herzien. In bijlage 1 bij mijn proefschrift heb ik een groot aantal aanbevelingen gedaan voor wijziging en aanscherping daarvan.

15. Zo verwijst de Ondernemingskamer in haar uitspraken regelmatig naar de Aandachtspunten.

2.3 *Insolad Praktijkregels voor Curatoren*¹⁶

De Praktijkregels voor Curatoren beogen de verdere professionalisering en kwaliteitsverbetering van de beroepsuitoefening van de Insolad-leden (voor zover werkzaam als curator) te bevorderen. De Praktijkregels zijn ‘best practice rules’, die beogen de witte vlekken waar noch de wet noch de jurisprudentie richting geven, in te vullen. Daarbij is in de eerste plaats aansluiting gezocht bij wat in kringen van curatoren als ‘heersende leer’ geldt. Op punten waarover binnen die kringen meerdere opvattingen bestaan, is – in de meeste gevallen na uitvoerige discussie – een knoop doorgemaakt en is in het algemeen gekozen voor de oplossing die een zo breed mogelijke basis binnen de kring van curatoren heeft en die bovendien de meeste aansluiting heeft met de regels waarover binnen die kring wél in overwegende mate overeenstemming bestaat. Dat laatste is ook richtsnoer geweest daar waar regels zijn geformuleerd op gebieden waarover geen duidelijk herkenbare opvattingen bestaan. De Praktijkregels hebben nadrukkelijk niet een dwingend karakter. Zij beogen richting te geven. Voor het oorzakenonderzoek zijn vooral de Praktijkregels 5.1-5.4 van belang.

Praktijkregel 5.1 bepaalt dat de curator van een rechtspersoon onderzoekt of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde of tegen andere personen of rechtspersonen, zoals beleidsbepalers, aandeelhouders en kredietverschaffers, in verband met het ontstaan van het faillissement. De toelichting wijst er terecht op dat goed curatorschap dit meebrengt. Daarbij gaat het niet alleen om vorderingen op grond van de misbruikwetgeving maar ook om vorderingen op grond van het niet behoorlijk vervullen van de bestuurs- of commissarissen-taak en vorderingen op grond van onrechtmatige daad. De toelichting wijst erop dat de wijze waarop de curator zijn onderzoek uitvoert, kan verschillen. In kleine faillissementen met een overzichtelijke hoeveelheid feiten zal hij het onderzoek zelf uitvoeren. In grotere faillissementen of faillissementen met een gecompliceerde feitenstructuur kan het nodig zijn om externe deskundigen, zoals (forensisch) accountants, in te schakelen.

Praktijkregel 5.2 bepaalt dat de curator van een rechtspersoon in het algemeen niet overgaat tot aansprakelijkstelling van (ex-)bestuurders en/of (ex-)commis-

16. De Insolad Praktijkregels voor Curatoren worden herzien. Deze zijn op 20 november 2018 gepresenteerd. Bij het schrijven van deze bijdrage kende ik de nieuwe regels nog niet, zodat ik daar niet naar heb kunnen verwijzen.

sarissen of derden voor een vordering als bedoeld in Praktijkregel 5.1 alvorens hij die (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen of derden in de gelegenheid heeft gesteld hun visie te geven op de oorzaken van het faillissement en de rol van (ex-)bestuurders en (ex-)commissarissen. Uit de toelichting blijkt dat deze praktijkregel voortvloeit uit de beginselen dat de curator zich integer en betamelijk gedraagt en dat hij streeft naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming. Deze beginselen brengen in het algemeen mee dat de curator niet tot aansprakelijkstelling in gevallen als de onderhavige overgaat zonder de aansprakelijk te stellen personen of rechtspersonen eerst in de gelegenheid te stellen hun visie op de gang van zaken te geven. Er kunnen goede gronden zijn voor een curator om een gesprek als hier bedoeld achterwege te laten. Dat zal bijvoorbeeld aan de orde zijn als de curator beslag wil leggen om het verhaal veilig te stellen.

Praktijkregel 5.3 bepaalt dat de curator van een rechtspersoon zich in het algemeen onthoudt van uitspraken in het openbaar over de vraag of er al dan niet sprake is van aansprakelijkheid als bedoeld in Praktijkregel 5.1, totdat hij zijn onderzoek naar die aansprakelijkheid heeft afgerond. Een opmerking van een curator dat een bestuurder of andere (natuurlijke) persoon aansprakelijk is, kan buitengewoon stigmatiserend zijn en verstrekkende gevolgen hebben, ook als de uitspraak na afloop wordt herroepen of herzien. De toelichting wijst er terecht op dat de zorgvuldigheid waarmee een vakkundig curator te werk behoort te gaan, meebrengt dat hij in het algemeen nalaat uitspraken te doen die mogelijk achteraf moeten worden herroepen of herzien. Bij uitspraken met betrekking tot aansprakelijkheid als hier bedoeld, is dat in het bijzonder het geval.

Praktijkregel 5.4 bepaalt dat de curator van een rechtspersoon slechts dan overgaat tot het aansprakelijk stellen van een (rechts)persoon als bedoeld in Praktijkregel 5.1 voor een aldaar bedoelde vordering indien hij ervan overtuigd is dat de betreffende (rechts)persoon ook werkelijk aansprakelijk is. De toelichting wijst erop dat de taak van de curator is de boedel te vereffenen. In het kader daarvan dient hij ook eventuele vorderingen te incasseren als hier bedoeld. Of die vorderingen bestaan, is niet altijd aanstonds duidelijk. In een faillissement van een rechtspersoon zal er dikwijls wel wat aan te merken zijn op de handel en wandel van de (ex-)bestuurder(s) en/of (ex-)commissaris(sen), maar gelet op de criteria die de jurisprudentie daaraan stelt, zal dat in het merendeel van de gevallen niet leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid. Goed boedelbeheer brengt mee dat de curator slechts dan tot aansprakelijkstelling overgaat als hij er na deugdelijk onderzoek van overtuigd is dat er inderdaad sprake is van een harde claim.

Ook de Insolad Praktijkregels behoeven een update. De regels zijn niet aangepast aan de Wet versterking positie curator en sluiten onvoldoende aan bij de zich ontwikkelende praktijk. Daarbij gaat het om het vinden van een balans tussen enerzijds het belang van de boedel om efficiënt en tegen beperkte kosten feitenonderzoek te kunnen doen en anderzijds de rechtsbescherming van degenen die civiel- of tuchtrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Om die reden meen ik dat de Insolad Praktijkregels niet alleen moeten reflecteren wat in kringen van *curatoren* als de ‘heersende leer’ geldt, maar ook wat in kringen van *insolventiejuristen* als ‘heersende leer’ geldt. Insolad is een specialisatievereniging van in het insolventierecht gespecialiseerde advocaten, en niet een vereniging van curatoren.¹⁷ In § 11.3 doe ik een aantal voorstellen voor aanpassing van de Praktijkregels.

3. Wie voert het onderzoek uit

3.1 Enquêteonderzoek

In de enquêteprocedure benoemt de Ondernemingskamer een of meer onderzoekers. Zij kiest de onderzoekers uit met het oog op het type onderzoek dat moet worden uitgevoerd. In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat te benoemen onderzoekers aan een aantal eisen moeten voldoen. Zij moeten de benodigde kennis en ervaring hebben, over voldoende vaardigheden beschikken om het onderzoek te kunnen uitvoeren, beschikken over de juiste attitude en deugdelijk zijn opgeleid. Onder het containerbegrip ‘juiste attitude’ versta ik onafhankelijkheid, onpartijdigheid, deskundigheid, zorgvuldigheid en integriteit. Voor een verdere uitwerking van deze vereisten verwijs ik naar mijn proefschrift.¹⁸

3.2 Oorzakenonderzoek

Het oorzakenonderzoek in faillissement wordt uitgevoerd door de curator zelf, of door een door hem ingeschakelde derde. Die keuze maakt de curator zelf. Ik ken geen situatie waarin de rechter-commissaris de curator een aanwijzing heeft gegeven om het onderzoek te laten uitvoeren door een derde. Als ik de eisen voor een onderzoeker in de enquêteprocedure transposeer op de curator, dan kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt. Niet zeker is of de curator beschikt over de benodigde kennis, ervaring en vaardigheden om een onderzoek uit te voeren. De curator is een octopus, die over verschillende vaardig-

17. De considerans van de Insolad Praktijkregels moet worden aangepast om dit duidelijk te maken. Het is wenselijk dat een in te stellen commissie die de Insolad Praktijkregels gaat aanpassen evenwichtig is samengesteld en bestaat uit zowel curatoren als niet-curatoren.

18. Proefschrift § 3.4-3.5.

heden moet beschikken.¹⁹ Een curator die heel goed is in het voortzetten van de onderneming van de failliet of het verkopen van zijn ondernemingsactiviteiten, behoeft niet noodzakelijkerwijs ook goed te zijn in het uitvoeren van een complex oorzakenonderzoek. Het omgekeerde geldt natuurlijk ook. Bij mijn weten worden curatoren niet uitgezocht op hun bekwaamheid voor het uitvoeren van een oorzakenonderzoek.

Een fundamenteel probleem is het kunnen voldoen aan twee eisen waaraan onderzoekers moeten voldoen en die ik onder de verzamelnaam attitude heb opgesomd: onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het oorzakenonderzoek wordt, zo niet in hoofdzaak, dan toch in ieder geval mede, uitgevoerd met als doel te onderzoeken of bestuurders, commissarissen en andere bij de gefailleerde onderneming betrokkenen door de curator aansprakelijk gesteld kunnen worden. Per definitie is de curator daarom niet onafhankelijk en onpartijdig ten opzichte van de personen die het voorwerp van zijn onderzoek zijn. Dat geldt niet alleen voor de curator *q.q.*, maar ook voor de curator *pro se*, als hij het onderzoek zelf uitvoert of laat uitvoeren door kantoorgenoten. In dat geval heeft hij een eigen financieel belang bij het uitvoeren van het onderzoek en de resultaten daarvan. Hij wordt immers uit de boedel betaald voor het uitvoeren van het onderzoek. En omdat de uitkomst van het onderzoek bepalend is voor het verkrijgen van machtiging om de derden in rechte te betrekken, kan hij er ook belang bij hebben de mogelijke gronden voor aansprakelijkstelling (te) positief voor te stellen. Daarmee is niet gezegd dat een curator niet objectief en integer een onderzoek kan uitvoeren. Ik twijfel er ook niet aan dat de meeste curatoren dat proberen te doen. Maar het kan niet worden ontkend dat er een risico is dat curatoren, bewust of onbewust, zich door eigen belangen laten leiden. En zelfs als dat risico zich niet verwezenlijkt, kan het zijn dat er in de perceptie van derden sprake is van een schijn van partijdigheid. Het is in het belang van de gehele beroepsgroep dat die schijn wordt vermeden. Het is dan ook volkomen terecht dat (de toelichting op) Praktijkregel 4.3 aandacht vraagt voor de (gepercipieerde) tegenstrijdigheid tussen het belang van de boedel en het belang van de curator bij het procederen namens de boedel. Deze praktijkregel bepaalt dat bij de beslissing van de curator om zich in een procedure al dan niet te laten bijstaan door een niet aan zijn kantoor verbonden advocaat, uitgangspunt is dat de boedel, alles in aanmerking genomen, steeds op de best mogelijke wijze dient te worden bijgestaan. De toelichting vermeldt met zoveel woorden dat “als een curator of een kantoorgenoot van de curator zelf zo’n procedure voert, gemakkelijk de

19. Vgl. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees en S.H. de Ranitz (red.), *De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 6*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

indruk kan ontstaan dat het belang van de boedel ondergeschikt is gemaakt aan het belang van de curator of het kantoor van de curator om omzet te genereren. Zo veel mogelijk dient voorkomen te worden dat de eigen winkelniering de onafhankelijkheid van de beslissing of wel of niet wordt geprocedeerd en hoe de procedure wordt gevoerd onder druk zet.” Naar mijn mening gaat dit argument evenzeer op voor het doen van het oorzakenonderzoek, nu dat onderzoek in de praktijk vooral bedoeld is om feiten te verzamelen met het oog op een tegen de bestuurders van de gefailleerde en andere betrokkenen aan te spannen procedure.

3.3 *Mogelijke oplossingsrichtingen*

Wat kan aan het in de vorige paragraaf geformuleerde probleem worden gedaan? Een eerste mogelijkheid is dat de rechtbank met gebruikmaking van artikel 70 lid 2 Fw een (mede-)curator benoemt met als specifieke taak het uitvoeren van een oorzakenonderzoek. Zeker in een complex faillissement zou het een oplossing kunnen zijn om bijvoorbeeld iemand met ervaring in enquêteonderzoeken met deze specifieke taak als curator te benoemen.²⁰ Het hierboven gesignaleerde gebrek aan (gepercipieerde) onafhankelijkheid en onpartijdigheid wordt hierdoor niet opgelost, maar wel gemitigeerd, omdat de andere curator of curatoren er mede op kunnen toezien dat de curator die het oorzakenonderzoek doet zich niet laat leiden door eigen belangen.

Een tweede mogelijkheid is dat de curator het oorzakenonderzoek niet zelf uitvoert, maar laat uitvoeren door een derde, die ook een oordeel geeft over de oorzaken van het faillissement en de verwijten die in dit verband aan derden kunnen worden gemaakt.²¹ Dit is echter niet altijd mogelijk. Als er geen of nauwelijks boedelactief is, kan de facto de curator geen derde inhuren. Zelfs als het wel mogelijk is om een derde in te schakelen, kan het ook inefficiënt zijn om dat te doen. Bij het afwickelen van de boedel kan de curator veel kennis hebben opgedaan die voor de uitvoering van het oorzakenonderzoek relevant is. Het is dan niet efficiënt als een derde zich deze kennis ook eigen moet maken. Ik zou dan ook niet zo ver willen gaan om voor te schrijven dat het oorzaken-

20. De meeste rechtbanken benoemen alleen Insolad-leden tot curator in complexe faillissementen, omdat om lid te kunnen worden en blijven de leden moeten voldoen aan zware opleidingseisen. Deze eis zou mijns inziens niet moeten worden gesteld aan curator-onderzoekers. Deze moeten wel de opleiding en ervaring hebben een complex onderzoek te kunnen uitvoeren.

21. Uiteraard is het ook mogelijk dat de curator voor delen van het onderzoek derden inschakelt vanwege hun specifieke deskundigheid. In dat geval zal het echter niet zo zijn dat die derde ook verantwoordelijk is voor het eindoordeel.

onderzoek, behoudens als er sprake is van een boedeltekort, moet worden uitgevoerd door een derde.²² Het is wel iets dat de curator, en de rechter-commissaris die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement, serieus moeten overwegen.

Een derde mogelijkheid is dat de curator een andere persoon, bij voorkeur niet verbonden aan zijn kantoor, vraagt om te fungeren als klankbord bij de uitvoering van het onderzoek en kritische meelezer bij het opstellen van het verslag van het oorzakenonderzoek. De taak van deze persoon is om de risico's te mitigeren die ik in § 3.2 heb gesignaleerd. Hij moet zich opstellen als een advocaat van de duivel, die het werk van de curator kritisch beoordeelt. Hij behoort erop toe te zien dat het onderzoek methodologisch juist wordt uitgevoerd, dat er voldoende ruimte is voor tegenspraak en dat de curator niet te optimistisch oordeelt over de mogelijkheden de bestuurders of derden aansprakelijk te stellen.

Een vierde mogelijkheid het risico te mitigeren dat het oordeel van de curator door zijn persoonlijk belang wordt beïnvloed, is voorafgaand aan het oorzakenonderzoek een onderzoeksprotocol en een plan van aanpak op te stellen. Het opstellen daarvan is om meerdere redenen aanbevelenswaardig; niet alleen om het risico van (gepercipieerde) partijdigheid te mitigeren dat kan ontstaan als de curator zelf het onderzoek uitvoert. In § 5 ga ik hierop in.

4. Bepaling van de scope van het onderzoek

4.1 Enquêteonderzoek

In de enquêteprocedure bepaalt de Ondernemingskamer de onderzoeksopdracht. Onder de onderzoeksopdracht versta ik zowel eventuele beperkingen die de Ondernemingskamer in de omvang van het onderzoek aanbrengt (in tijd of met betrekking tot een deel van het gevoerde beleid; vgl. artikel 2:345 lid 1 BW) als eventuele specifieke instructies aan de onderzoekers.²³ In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat de praktijk erbij gebaat zou zijn als de

22. Anders S.H. de Ranitz, 'Ach, amice, hoe zit dat nu?', *TvI* 1998, p. 187-188; M.L.S. Kalf, 'De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk', in: M.L.S. Kalf, R. Mulder en S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator*, Insolad Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007, p. 27-39; S.H. de Ranitz, 'Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde', *TvI* 2008/42, met naschrift van R.J. Schimmelpenninck, *TvI* 2008/43.

23. Proefschrift § 2.1.1.

Ondernemingskamer beter sturing aan het onderzoek zou geven door, waar mogelijk, de onderzoeksopdracht specifiekere te formuleren.²⁴ De reden voor deze aanbeveling is dat daardoor voorkomen wordt dat de onderzoekers meer of anders onderzoeken dan nodig is, of dat de Ondernemingskamer in een tweedefaseprocedure niet over voldoende informatie beschikt om een beslissing te kunnen nemen.

4.2 Oorzakenonderzoek

Bij het oorzakenonderzoek in faillissement is er geen sprake van een onderzoeksopdracht. De curatoren zijn, binnen de grenzen van artikel 68 Fw, in beginsel vrij om te bepalen wat zij onderzoeken. Er zijn mijns inziens echter drie redenen waarom het bepalen van de scope van het oorzakenonderzoek niet alleen aan de curator moet worden overgelaten, a fortiori als de curator het oorzakenonderzoek zelf uitvoert. In de eerste plaats heeft de curator een eigen financieel belang bij het bepalen van de scope daarvan. Als de boedel een beperkte omvang heeft en er op het eerste gezicht weinig verhaalsmogelijkheden zijn, is dat begrijpelijk, omdat de curator geen werkzaamheden zal willen verrichten waarvoor hij niet kan worden betaald. In het omgekeerde geval, als er meer dan voldoende middelen zijn om onderzoek te doen, doet zich het in § 3.2 gesignaleerde probleem voor dat de curator zich door eigen financieel belang kan laten leiden om het onderzoek een ruime scope te geven, althans dat in de perceptie van derden deze schijn wordt gewekt. Een ruime scope biedt de curator immers de mogelijkheid om meer tijd aan het onderzoek te besteden en er meer aan te verdienen. Om die perceptie dat de curator zich primair door zijn eigen belangen laat leiden te voorkomen, zijn er *checks and balances* nodig. Daarin kan worden voorzien door de scope van het onderzoek op te nemen in een plan van aanpak, dat na inspraak van belanghebbenden en in voorkomend geval advies van de crediteurencommissie door de rechter-commissaris wordt vastgesteld. In § 5.4 werk ik dit voorstel uit. Een tweede reden waarom er *checks and balances* nodig zijn, is dat de uitvoering van het onderzoek belastend is voor degenen die daarvan het lijdend voorwerp zijn. Zij zullen verzoeken krijgen om documenten aan te leveren, zich beschikbaar te maken voor gesprekken en, als hun verwijten worden gemaakt, tijd en kosten (van rechtsbijstand) moeten maken om zich te verweren. Het bij de uitvoering van het oorzakenonderzoek in acht te nemen proportionaliteitsbeginsel (zie hierna § 7) brengt mee dat de scope van het onderzoek proportioneel moet zijn. Het beschrijven van de geschiedenis van de failliete onderneming zonder dat dit nodig is om uitvoering te geven aan het bepaalde in artikel 68 lid 2 Fw of kan

24. Proefschrift § 2.3.4.

leiden tot een vergroting van het bedoelactief, is niet proportioneel. Zie hierover verder § 6.2. In de derde plaats moet het oorzakenonderzoek ook alle informatie bevatten die nodig is om te kunnen beslissen of er aanleiding is bestuurders en commissarissen en derden aansprakelijk te stellen of andere procedures tegen derden te beginnen. Zoals in § 2.1 uiteengezet, moet in het oorzakenonderzoek ook naar externe oorzaken worden gekeken die het faillissement kunnen hebben veroorzaakt. Als externe factoren het faillissement hebben veroorzaakt, zal een aansprakelijkheidsprocedure geen kans van slagen hebben, ook als bijvoorbeeld de bestuurders van de failliet fouten hebben gemaakt waarvan hun een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt maar die op zichzelf niet of nauwelijks schade hebben opgeleverd. Het oorzakenonderzoek is daarom belangrijk voor het nemen van de beslissing om een procedure te starten, maar is ook belangrijk in de procedure zelf. De curator zal het verslag van het oorzakenonderzoek doorgaans als productie in die procedure overleggen. Dat verslag kan in de procedure een belangrijke rol spelen. Ook hier dringt zich de vergelijking met de enquêteprocedure op. Het verslag is een onderhandse akte in de zin van artikel 156 Rv, met vrije bewijskracht. Er is geen regel die de rechter in de vervolgpprocedure verbiedt om aan het verslag de feitelijke gevolgtrekking te verbinden dat hij de daarin opgenomen feiten voorshands bewezen acht, behoudens door de verweerder te leveren tegenbewijs.²⁵ De kwaliteit van het oorzakenonderzoek, de objectiviteit waarmee het tot stand is gekomen en de mogelijkheid die de verweerders is geboden om in het onderzoek te participeren en tegenspraak te leveren, zullen bepalen welke waarde de rechter hieraan zal toekennen. Het is om die reden niet alleen in het belang van de betrokkenen bij het onderzoek maar ook in dat van de boedel, dat het onderzoek kwalitatief goed, onafhankelijk en onpartijdig wordt uitgevoerd.

5. Onderzoeksprotocol en plan van aanpak

5.1 Inleiding

In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat de onderzoekers in elk wat groter onderzoek een onderzoeksprotocol en een plan van aanpak moeten opstellen.²⁶ Voor zowel een onderzoeksprotocol als een plan van aanpak heb ik een model opgesteld dat als basis voor een specifiek geval kan dienen.²⁷ Bij het opstellen

25. In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat de rechter hiermee terughoudend zou moeten zijn als de bevindingen van de onderzoekers niet door de Ondernemingskamer zijn getoetst en moeilijk te beoordelen is in hoeverre de verwerende partijen voldoende de gelegenheid hebben gehad voor tegenspraak. Zie proefschrift § 1.5.

26. Zie proefschrift § 7.5.6 (onderzoeksprotocol) en § 7.6.3 (plan van aanpak).

27. Bijlagen 2 en 3 bij mijn proefschrift.

van het onderzoeksprotocolmodel heb ik mij onder meer laten inspireren door het bekende Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen van Schimmelpenninck.²⁸ Desgewenst kunnen het plan van aanpak en het onderzoeksprotocol in een document worden samengevoegd. Conceptueel gaat het evenwel om twee verschillende documenten.

5.2 *Onderzoeksprotocol*

Het opstellen van een onderzoeksprotocol is een middel voor de onderzoekers om degenen die op welke wijze dan ook met het onderzoek te maken krijgen, inzicht te geven in hun werkwijze. Een onderzoeksprotocol dient twee doeleinden: (i) het informeren van de betrokkenen over de wijze waarop de onderzoekers het onderzoek uitvoeren; en (ii) het vastleggen van de rechten en verplichtingen van de betrokkenen, vooral als zij door de onderzoekers worden gehoord. Onderwerpen die in het protocol aan de orde kunnen komen, zijn onder meer de persoon van de onderzoeker (als het niet de curator zelf is), degenen die als belanghebbenden bij het onderzoek worden aangemerkt en aan wie om die reden bepaalde rechten en verplichtingen in het onderzoek worden toegekend, de mate van vertrouwelijkheid van het onderzoek,²⁹ het opstellen van het plan van aanpak, de verplichting tot medewerking, de gang van zaken rondom informele en formele gesprekken, eventuele verhoren ex artikel 66 Fw, het openstellen van een dataroom of het anderszins verlenen van toegang tot de administratie van de gefailleerde, alsmede de mogelijkheid een zienswijze in te dienen en commentaar te leveren op het conceptverslag van het oorzakenonderzoek. Het zou wenselijk zijn als aan de Insolad Praktijkregels een onderzoeksprotocolmodel wordt toegevoegd.

5.3 *Plan van aanpak*

Het plan van aanpak in de enquêteprocedure heeft een ander doel. Het is een middel dat de onderzoekers kunnen gebruiken om te bevorderen dat zij het onderzoek planmatig uitvoeren. Deze verplichting vloeit voort uit meerdere beginselen van behoorlijk onderzoek, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel dat partijen bij het onderzoek moeten worden betrokken, het

28. R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20.

29. Daarbij kan worden gedacht aan de wijze waarop wordt omgegaan met adviezen aan de gefailleerde van een verschoningsgerechtigde.

proportionaliteitsbeginsel en het beginsel dat het onderzoek binnen het onderzoeksbudget en binnen redelijke termijn moet worden uitgevoerd.³⁰ Een plan van aanpak in de enquêteprocedure bevat een viertal onderdelen. In de eerste plaats bevat het een beschrijving van de scope van het onderzoek: een uitwerking van de door de Ondernemingskamer gegeven onderzoeksopdracht. In de tweede plaats bevat het een aanduiding welke natuurlijke en rechtspersonen de onderzoekers aanmerken als belanghebbenden bij het onderzoek. Een derde onderdeel is een globale lijst van de te bestuderen documenten, de te horen personen en de in te zetten onderzoeksmethoden. In de vierde plaats bevat het plan van aanpak een begroting van de kosten van het onderzoek en ten slotte een tijdschema waarin de onderzoekers aangeven hoe lang zij verwachten met het onderzoek bezig te zijn. Bij het opstellen van het plan van aanpak worden de belanghebbenden bij het onderzoek betrokken. De onderzoekers leggen het conceptplan van aanpak aan hen voor, zodat zij de gelegenheid hebben zich daarover uit te laten, alvorens de onderzoekers het plan van aanpak vaststellen. Bij een enquêteonderzoek hebben belanghebbenden immers net als bij het deskundigenonderzoek in de civiele procedure het recht om opmerkingen te maken en verzoeken te doen (artikel 198 lid 2 Rv). Als de partijen het met het plan van aanpak niet eens zijn, kunnen zij de raadsheer-commissaris vragen de onderzoekers een aanwijzing te geven om het plan van aanpak aan te passen.³¹ Het betrekken van de partijen bij het onderzoek is een belangrijk instrument om hun rechten in het onderzoek te beschermen. Het zorgt tevens voor draagvlak onder de betrokkenen dat het onderzoek op een faire wijze wordt uitgevoerd, waardoor mogelijke weerstand tegen eventuele onwelgevalige uitkomsten van het onderzoek kan worden verminderd. Dat laatste is ook in het belang van degenen die het onderzoek uitvoeren. Door deze procedure te volgen wordt gewaarborgd dat het onderzoeksverslag bruikbaar is in de tweedefaseprocedure en eventuele vervolgprocedures, dat het efficiënt wordt uitgevoerd en dat er voldoende ruimte is voor tegenspraak.

Deze drie elementen (bruikbaarheid voor eventuele vervolgprocedures, efficiëntie en ruimte voor tegenspraak) zijn evenzeer belangrijk voor het oorzakenonderzoek in faillissement. Het oorzakenonderzoek verschaft de feitelijke basis voor procedures van de curator tegen de bestuurders van de gefailleerde of eventuele derden. Aangezien de kosten van het oorzakenonderzoek door de boedel worden betaald, hebben de belanghebbenden daarbij, de gezamenlijke crediteuren, er belang bij dat het binnen een redelijke tijd en kostenefficiënt

30. Zie proefschrift § 7.4.4 (zorgvuldigheidsbeginsel), § 7.4.9 (betrokkenheid partijen), § 7.4.10 (proportionaliteitsbeginsel), § 7.4.7 (uitvoering binnen budget) en § 7.4.15 (uitvoering binnen een redelijke termijn).

31. Artikel 2:350 lid 4 BW.

wordt uitgevoerd. Vanzelfsprekend hebben degenen die het lijdend voorwerp van het onderzoek zijn, waaronder meestal de bestuurders van de gefailleerde, er belang bij dat er in het onderzoek voldoende ruimte is voor tegenspraak en andere vormen van rechtsbescherming. Deze elementen zijn, bij gebreke van wettelijke regels of toepasselijke soft law, op dit moment niet voldoende gewaarborgd in het oorzakenonderzoek. De belanghebbenden bij het onderzoek zijn sterk afhankelijk van de ruimte die de curator voor rechtsbescherming biedt.

5.4 *Voorstel voor een nieuwe werkwijze*

Om deze elementen te waarborgen is een andere werkwijze van curatoren nodig. Mijn voorstel is de volgende. Bij de aanvang van het oorzakenonderzoek stelt de curator in concept een onderzoeksprotocol en een plan van aanpak op. Het onderzoeksprotocol is vooral een procedureel document, dat de rechten en verplichtingen van partijen bij het onderzoek regelt en bij voorkeur als model in de Insolad Praktijkregels wordt geïncorporeerd. Daarnaast stelt de curator een plan van aanpak op. Dat is een inhoudelijk document, dat een aantal onderwerpen regelt. In de eerste plaats beschrijft het plan van aanpak de scope van het onderzoek (zie § 4.2). In de tweede plaats beschrijft het plan van aanpak op hoofdlijnen hoe het onderzoek zal worden uitgevoerd: welke (categorieën) documenten gaat de curator bestuderen, welke (forensische) onderzoeksmethoden gaat hij inzetten en welke personen wil hij horen. Uiteraard kan tijdens het onderzoek blijken dat het plan moet worden aangepast. In zoverre is het plan van aanpak altijd voorlopig. In de derde plaats beschrijft het plan van aanpak wie het onderzoek uitvoeren en bevat het een onderzoeksbudget. Het vooraf vaststellen van een onderzoeksbudget dient twee doelen. Het is een instrument om de kosten te beheersen. Als blijkt dat de voorgenomen opzet van het onderzoek te kostbaar is, kan dat leiden tot aanpassing van het plan van aanpak, bijvoorbeeld door bepaalde onderzoeksmethoden te schrappen of de scope van het onderzoek te beperken. Daarnaast is het een instrument om op een verantwoorde manier om te gaan met het inherente probleem dat de curator, als hij het onderzoek zelf uitvoert, niet onafhankelijk en onpartijdig is, omdat hij zowel *q.q.* als *pro se* een belang heeft bij de uitkomsten daarvan. Ik kom hierop terug als ik de procedure voor de vaststelling van het plan van aanpak beschrijf. Het laatste element van het plan van aanpak is een tijdslijn. Faillissementen moeten vlot en efficiënt worden afgewikkeld. Alle bij het faillissement betrokkenen hebben er daarom belang bij dat het oorzakenonderzoek binnen een redelijke termijn wordt uitgevoerd. Daarbij komt dat de ervaring leert dat naarmate de uitvoering van het onderzoek langer duurt, het ook kostbaarder wordt.

In de enquêteprocedure is het gebruikelijk dat de onderzoekers het plan van aanpak in concept aan de partijen bij het onderzoek sturen en hen vragen om commentaar. Vervolgens stellen zij het plan van aanpak definitief vast.³² Mochten partijen bezwaar hebben tegen het plan van aanpak, dan kunnen zij de raadsheer-commissaris verzoeken de onderzoekers aan aanwijzing te geven om het plan van aanpak aan te passen.

De procedure die ik voor het oorzakenonderzoek in faillissement voorsta, is de volgende. De curator stelt het plan van aanpak (en hetzelfde geldt voor het onderzoeksprotocol) in concept op. Vervolgens legt hij het plan van aanpak voor aan de crediteurencommissie, zo die er is,³³ en de betrokkenen bij het oorzakenonderzoek. Wie die betrokkenen zijn, hangt af van de scope van het onderzoek. Eenieder die direct of indirect voorwerp van onderzoek is en door de uitkomst van het onderzoek in zijn belangen kan worden getroffen, is betrokkene. In ieder geval zijn dit de bestuurders en commissarissen van de gefailleerde, maar het kunnen ook anderen zijn, zoals aandeelhouders, financiers, de accountant of adviseurs van de gefailleerde. De reden waarom de crediteurencommissie bij het opstellen van het plan van aanpak moet worden betrokken spreekt voor zich: de taak van de crediteurencommissie is de curator van advies te dienen (artikel 77, 78 Fw). Omdat de gezamenlijke schuldeisers uiteindelijk de kosten van het onderzoek betalen en de curator, als hij het onderzoek zelf uitvoert of door zijn kantoorgenoten laat uitvoeren, een persoonlijk belang heeft bij het onderzoek, is het uit het oogpunt van een behoorlijke governance van het beheer van de failliete boedel belangrijk dat de schuldeisers via de crediteurencommissie invloed kunnen uitoefenen op de opzet van het onderzoek (wie voert het uit, wat is de scope van het onderzoek, het onderzoeksbudget en de verwachte doorlooptijd?).

De reden waarom het wenselijk is ook de betrokkenen bij het plan van aanpak te betrekken, is een andere. Het onderzoek kan voor hen ingrijpende gevolgen hebben, omdat het de basis kan vormen voor een tegen hen aan te spannen procedure. Mocht het oorzakenonderzoek in een bepaalde vorm worden gepubliceerd, dan kan het hun reputatie aantasten. Om die reden hebben zij er belang bij dat in het onderzoek voldoende ruimte wordt ingeruimd voor rechtsbescherming en tegenspraak. Met enkele voorbeelden kan ik dit illustreren. Stel dat de curatoren het vermoeden hebben dat een belangrijke oorzaak van het faillissement een mislukte overname is die slecht was voorbereid en dat de gang van zaken rondom deze overname het onderwerp is van het oorzakenonderzoek. De voormalige bestuurders vinden dat met die

32. Proefschrift § 7.6.3.3.

33. Dit veronderstelt dat er een crediteurencommissie is. Wat mij betreft zou die er in elk wat groter faillissement moeten zijn.

overname op zich niets mis was, maar dat door externe omstandigheden de overgenomen onderneming een bodemloze put is gebleken. Zij zouden dan kunnen bepleiten de scope van het oorzakenonderzoek te verbreden door deze externe omstandigheden daarin te betrekken. Uit het plan van aanpak zou bijvoorbeeld kunnen blijken dat de curator niet voornemens is de adviseur te horen die bij het due-diligenceonderzoek betrokken is geweest. De bestuurders zouden dan kunnen aangeven dat deze persoon zou moeten worden gehoord. Het commentaar van de bestuurders zou ook betrekking kunnen hebben op gebreken in de methodologische opzet van het crediteurenonderzoek. Een ander punt dat in hetzij het plan van aanpak hetzij het onderzoeksprotocol moet worden geregeld, is de mogelijkheden die de betrokkenen krijgen voor tegenspraak en het geven van commentaar op het conceptverslag van het oorzakenonderzoek.

Ik kan mij voorstellen dat veel curatoren moeite hebben met dit voorstel, omdat het tijd kost en het de betrokkenen bij het oorzakenonderzoek de mogelijkheid biedt om zoveel mogelijk bezwaren op te werpen in een poging het onderzoek te frustreren of in ieder geval te vertragen. Naar mijn mening is deze angst voor frustratie van het onderzoek ongegrond. De ervaringen in de enquêteprocedure wijzen uit dat het heel wel mogelijk is een onderzoek efficiënt uit te voeren terwijl er ook voldoende ruimte is voor rechtsbescherming in de onderzoeksfase. Als in het onderzoeksprotocol is geregeld hoe betrokkenen toegang kunnen krijgen tot de administratie van de gefailleerde en het termijnen voor reactie bevat, heeft de curator voldoende mogelijkheden om de voortgang van het onderzoek te bewaken. Rechtsbescherming van betrokkenen is ook in het belang van de boedel. Goed georganiseerde tegenspraak kan ertoe leiden dat bij de uitvoering van het oorzakenonderzoek blijkt dat er geen grond is voor aansprakelijkstelling van bestuurders, terwijl dat anders eerst zou blijken in de procedure, met alle kosten van dien voor de boedel. Daarnaast ligt het voor de hand dat een rechter meer waarde zal hechten aan de bevindingen die blijken uit het oorzakenonderzoek als dat onderzoek methodologisch juist is uitgevoerd en er voldoende ruimte is geweest voor rechtsbescherming van de belangen van de bestuurders en andere betrokkenen.

Na advies van de crediteurencommissie en het raadplegen van betrokkenen past de curator zo nodig het plan van aanpak aan. Ik meen dat hij het plan van aanpak vervolgens ter goedkeuring zou moeten voorleggen aan de rechter-commissaris. Men kan zich de vraag stellen of de rechter-commissaris die bevoegdheid wel heeft. De Faillissementswet geeft de rechter-commissaris met betrekking tot het beheer van de boedel drie hoofdtaken: de rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel (artikel 64 Fw), ieder der schuldeisers, de schuldeiserscommissie en de gefailleerde kunnen opkomen tegen handelingen van de curator (artikel 69 Fw) en de

curator heeft voor bepaalde handelingen de machtiging van de rechter-commissaris nodig (artikel 68 lid 3 Fw, artikel 72 Fw).³⁴ Bij deze taken behoort niet het goedkeuren van het plan van aanpak voor het oorzakenonderzoek. Zo bezien heeft de rechter-commissaris niet de bevoegdheid het plan van aanpak goed te keuren. De algemene bevoegdheid van de rechter-commissaris om toezicht te houden op het beheer en de vereffening van de boedel brengt mijns inziens mee dat hij de curator een aanwijzing kan geven om iets te doen of na te laten met betrekking tot het beheer van de boedel. Het goedkeuren van het plan van aanpak kan gezien worden als het afzien van de mogelijkheid dat hij de curator een aanwijzing geeft het plan van aanpak aan te passen. Dit past binnen de door Tromp geschetste taken van de rechter-commissaris.³² De rechtvaardiging dat de rechter-commissaris, anders dan de raadsheer-commissaris bij enquêteonderzoeken, het plan van aanpak moet goedkeuren, is dat er bij het oorzakenonderzoek in faillissement geen rechter is die de onderzoeksopdracht formuleert en het onderzoeksbudget vaststelt. In § 11.1 bepleit ik dat de in artikel 69 Fw opgenomen beperking dat alleen de gefailleerde, de crediteuren-commissie en individuele crediteuren zich tot de rechter-commissaris kunnen wenden, moet worden geschrapt.

6. Bevoegdheden om het onderzoek te kunnen uitvoeren

6.1 Enquêteonderzoek

De onderzoekers in de enquêteprocedure beschikken over een aantal bevoegdheden om het onderzoek uit te voeren. Daarnaast kunnen zij verwijzen naar de algemene verplichting tot medewerking aan het onderzoek als gecodificeerd in artikel 198 lid 3 Rv. De bijzondere bevoegdheden waarover de onderzoekers in de enquêteprocedure beschikken, zijn de volgende. De onderzoekers hebben recht op inzage in boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon (artikel 2:351 lid 1, eerste en tweede volzin, BW).³⁵ De (voormalige) bestuurders, commissarissen en werknemers van de rechtspersoon zijn verplicht hun alle inlichtingen te verstrekken (artikel 2:351 lid 1, derde en vierde volzin, BW).³⁶ De onderzoekers kunnen de raadsheer-commissaris verzoeken de bevelen tot medewerking te geven die de omstandigheden nodig maken (artikel 2:352 BW).³⁷ Zij kunnen de Ondernemingskamer verzoeken

34. J.W.M. Tromp, 'Enkele opmerkingen over de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris in faillissementen en de kantonrechter bij onderbewindstellingen', *Trema* 2007, p. 237-245.

35. Proefschrift § 6.3.

36. Proefschrift § 6.4.

37. Proefschrift § 6.5.

getuigen te horen (artikel 2:352a BW).³⁸ Daarnaast hebben zij de bevoegdheid de Ondernemingskamer te verzoeken hun onderzoeksbevoegdheden uit te breiden tot nauw verbonden rechtspersonen (artikel 2:351 lid 2 BW).³⁹ Deze bevoegdheden zijn in de praktijk voldoende om een onderzoek te kunnen uitvoeren. Dat anderen dan (voormalige) bestuurders, commissarissen en werknemers niet verplicht zijn om aan de onderzoekers inlichtingen te verschaffen, is geen probleem. Zij zijn in de regel bereid om mee te werken aan het onderzoek omdat zij hun verhaal willen vertellen of omdat het niet aantrekkelijk is het aan te laten komen op een (openbaar) verhoor als getuige door de Ondernemingskamer.

Een belangrijk deel van hoofdstuk 6 van mijn proefschrift, waarin ik de bevoegdheden van de onderzoekers bespreek, is gewijd aan de beperkingen die de onderzoekers bij de uitoefening van hun onderzoeksbevoegdheden in acht moeten nemen. Een aantal vermeld ik hier. In de eerste plaats is dit artikel 8 EVRM. Dit artikel bepaalt dat eenieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht dan voor zover het bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economische welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.⁴⁰ In de tweede plaats is dit het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. De onderzoekers moeten bij het gebruikmaken van hun bevoegdheden rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van derden, waarbij in de eerste plaats kan worden gedacht aan de (voormalige) bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon.⁴¹ In de derde plaats moet het onderzoek plaatsvinden binnen het vastgestelde (eventueel door de Ondernemingskamer verhoogde) onderzoeksbudget.⁴² In de vierde plaats moeten de onderzoekers het (afgeleid) verschoningsrecht eerbiedigen, zowel bij het raadplegen van documenten als bij het horen van personen.⁴³ In de vijfde plaats moeten zij het

38. Proefschrift § 6.6.

39. Proefschrift § 6.7.

40. Een vergelijkbare bepaling komt voor in artikel 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 10 Grondwet. Zie hierover proefschrift § 6.3.5.2.

41. Proefschrift § 6.3.5.3.

42. Proefschrift § 6.3.5.4.

43. Proefschrift § 6.3.5.5 en § 6.4.5. Artikel 105b Fw beoogt deze situatie te regelen.

bepaalde in de Algemene verordening gegevensbescherming (voorheen de Wet bescherming persoonsgegevens) in acht nemen.⁴⁴

6.2 Oorzakenonderzoek

Artikel 92 Fw verplicht de curator terstond na de aanvaarding van zijn betrekking de bescheiden en andere gegevensdragers onder zich te nemen. In het digitale tijdperk zal dat er in de praktijk op neerkomen dat de curator ervoor zorgt dat hij toegang krijgt tot de ICT-systemen van de gefailleerde waarop de administratie van de gefailleerde draait. Hieronder zijn ook begrepen de communicatiesystemen van de gefailleerde, zodat de curatoren toegang hebben tot de e-mails die bestuurders, commissarissen en werknemers hebben verstuurd en ontvangen. De curator heeft toegang tot elke plaats, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (artikel 93a Fw). Hij heeft geen recht op toegang tot de bescheiden en andere gegevensdragers van rechtspersonen die nauw verbonden zijn met de gefailleerde. Voor zover ik dat kan overzien, levert dat in de praktijk geen problemen op, afgezien van het probleem dat de administratie *'in the cloud'* staat, maar dat is niet alleen een probleem voor oorzakenonderzoeken.⁴⁵ De bestuurders en commissarissen zijn verplicht de curator alle inlichtingen te verstrekken (artikel 105-106 Fw). In de praktijk zijn anderen ook vaak bereid de curator de voor zijn oorzakenonderzoek nodige inlichtingen te geven, al was het maar omdat de curator de rechter-commissaris kan vragen getuigen te horen ter opheldering van alle omstandigheden het faillissement betreffende (artikel 66 lid 1 Fw). Mijn conclusie is dat de curator in beginsel voldoende bevoegdheden heeft om het oorzakenonderzoek te kunnen uitvoeren.

Voor zover ik het kan overzien, is er relatief weinig nagedacht over het antwoord op de vraag of de curator bij de uitoefening van zijn onderzoeksbevoegdheden beperkingen in acht moet nemen. Van Apeldoorn heeft een proefschrift geschreven over insolventieprocedures en grondrechten, waarin hij in algemene zin beschrijft welke beperkingen grondrechten de curator opleggen. Hij wijdt in zijn proefschrift aandacht aan het oorzakenonderzoek, maar

44. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in het verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 94/46/EG (Algemene verordening gegevensbescherming – AVG) (PbEU 2016, L 119). Zie hierover proefschrift § 6.3.5.6.

45. Vgl. hierover: L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – *Curator, are you seeing the bigger picture?*', *TvI* 2018/42, met verdere verwijzingen. Artikel 105b Fw beoogt deze situatie te regelen.

bespreekt niet systematisch deze beperkingen.⁴⁶ Dat komt door de opzet van zijn proefschrift, waarbij de meeste hoofdstukken zijn gewijd aan de individuele grondrechten. Dat neemt niet weg dat zijn proefschrift waardevolle beschouwingen bevat over deze beperkingen. Een ander onderwerp, dat in de literatuur en jurisprudentie daarentegen wel veel aandacht krijgt, is het gebruik van het faillissementsverhoor als bedoeld in artikel 66 Fw.⁴⁷ Naar mijn mening heeft dit maar zijdelings te maken met het oorzakenonderzoek. Ik zie de mogelijkheid van faillissementsverhoor als een stok achter de deur als betrokkenen die de curator wil spreken in het kader van het oorzakenonderzoek niet vrijwillig hieraan willen meewerken.

De maximale omvang van deze bijdrage brengt mee dat ik op deze plaats hier niet verder op in kan gaan. Mutatis mutandis zijn de beschouwingen die ik in mijn proefschrift heb opgenomen van overeenkomstige toepassing op het oorzakenonderzoek.

7. De uitvoering van het onderzoek

7.1 De uitvoering van het onderzoek in de enquêteprocedure

Hoofdstuk 7 van mijn proefschrift is gewijd aan de uitvoering van het onderzoek. In dit hoofdstuk formuleer ik na enkele inleidende beschouwingen beginselen van behoorlijk onderzoek en beschrijf ik de organisatie en uitvoering van het onderzoek. De beginselen van behoorlijk onderzoek die ik onderscheid, zijn de volgende:

1. Gebondenheid aan de onderzoeksopdracht en aanwijzingen van de Ondernemingskamer en de raadsheer-commissaris.
2. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid.
3. Zorgvuldigheid.
4. *Fair-play*beginsel.
5. Deskundigheid.
6. Uitvoering van het onderzoek binnen het onderzoeksbudget.
7. Vertrouwelijkheid.
8. Betrokkenheid van partijen.
9. Proportionaliteit en subsidiariteit.
10. Het voorkomen van fouten bij het selecteren van de relevante feiten en het beoordelen van het handelen van de rechtspersoon.

46. J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten*, diss. Tilburg 2009, § 5.6 (p. 198-211).

47. Vgl. daarover Verstijlen in: GS Faillissementswet, artikel 66 en laatstelijk HR 23 december 2016, *JOR* 2017/115 (*Q-Solutions Europe*).

11. Hoor en wederhoor.
12. Verifieerbaarheid van de bevindingen.
13. Expliciteren van de beperkingen waaraan het onderzoek is onderworpen.
14. Uitvoering binnen een redelijke termijn.

Wat die beginselen concreet inhouden, heb ik in mijn proefschrift verder uitgewerkt. Hoofdstuk 7 is verder voor een belangrijk deel gewijd aan de organisatie van het onderzoek en de uitvoering daarvan, maar kan hier verder buiten beschouwing blijven. Ik volsta hier met een verwijzing.

7.2 De uitvoering van het oorzakenonderzoek

De beginselen van behoorlijk onderzoek die ik voor het enquêteonderzoek heb geformuleerd, lenen zich met enkele beperkte uitzonderingen zonder meer voor overeenkomstige toepassing op het oorzakenonderzoek. Het bestek van deze bijdrage laat niet toe dat ik op al die beginselen inga (een aantal beginselen komt ook aan de orde in § 8, rechtsbescherming). Ik beperk mij hier tot enkele opmerkingen.

Beginsel 1, gebondenheid aan de onderzoeksopdracht en aan aanwijzingen van de Ondernemingskamer en de raadsheer-commissaris, leent zich slechts beperkt voor overeenkomstige toepassing, nu er bij het oorzakenonderzoek geen onderzoeksopdracht is. De rechter-commissaris is wel bevoegd om aanwijzingen aan de curator te geven over de uitvoering van het oorzakenonderzoek, maar pleegt dit in de praktijk niet te doen. Dit komt mede omdat de meeste belanghebbenden bij het onderzoek niet op de voet van artikel 69 Fw tegen handelingen van de rechter-commissaris kunnen opkomen: die mogelijkheid staat uitsluitend open voor de schuldeisers van de gefailleerde, maar die zullen doorgaans niet in die hoedanigheid door het oorzakenonderzoek in hun belangen worden geraakt. Ik bepleit de rechter-commissaris een belangrijker rol te geven in het oorzakenonderzoek: zie § 9.2. Of de rol van de rechter-commissaris nu blijft zoals die is, of ruimer wordt: in beide gevallen is een beginsel van behoorlijk feitenonderzoek dat de curator aanwijzingen van de rechter-commissaris opvolgt.

Beginsel 2, onafhankelijkheid en onpartijdigheid, is al ter sprake gekomen in § 3.2, 4.2 en 5.4, waar ik besprak wie het onderzoek uitvoert, de scope van het onderzoek en het plan van aanpak. Insolad Praktijkregel 1 bepaalt dat de curator onafhankelijk en integer is, zich laat leiden door de belangen van de boedel en de andere belangen die een curator zich mede behoort aan te trekken, streeft naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming, zijn werkzaamheden zorgvuldig,

vakkundig en doelmatig uitvoert en betamelijk handelt. Daarin ligt het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid besloten. Met deze regel ben ik het uiteraard volledig eens. De vraag waar het echter om draait, is de invulling die aan dit beginsel in de praktijk wordt gegeven. Dat de curator van zichzelf vindt dat hij integer, onafhankelijk en onpartijdig optreedt, is nog niet zonder meer een voldoende waarborg dat dat ook gebeurt. En het kan al helemaal niet verhinderen dat in de perceptie van derden de curator zich door eigenbelang laat leiden. Om die perceptie te mitigeren kunnen de maatregelen worden genomen die ik in § 3.3 heb gesuggereerd.

Beginsel 7, vertrouwelijkheid, heeft in het enquêterecht een andere achtergrond dan in faillissement. De vertrouwelijkheid van het enquêteonderzoek is neergelegd in een aantal bepalingen: de onderzoekers hebben een geheimhoudingsplicht, niemand mag citeren uit een conceptverslag van het onderzoek, het verslag wordt in beginsel alleen voor de verzoeker, de rechtspersoon en belanghebbenden ter inzage gelegd, en behoudens machtiging van de voorzitter van de Ondernemingskamer mag alleen de rechtspersoon mededelingen uit het verslag doen.⁴⁸ Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet duidelijk wat de ratio is van de wettelijke geheimhoudingsplicht. Redenen die de wetgever hiertoe kunnen hebben doen besluiten, kunnen zijn het belang van de rechtspersoon, bescherming van het belang van de betrokkenen die tot medewerking aan het onderzoek verplicht zijn en wier belangen door het onderzoek kunnen worden geraakt, het belang van het onderzoek zelf, in die zin dat te horen personen zich meer in vrijheid zullen uiten, en het beschermen van de privacy van natuurlijke personen.⁴⁹ Het eerste argument, het belang van de rechtspersoon, is niet van toepassing op het oorzakenonderzoek. Dat onderzoek vindt plaats op het moment dat een eventuele doorstart van de door de gefailleerde gedreven onderneming allang heeft plaatsgevonden, zodat het belang van de rechtspersoon niet meer ter zake doet. Echter, de overige argumenten gaan evenzeer op voor het oorzakenonderzoek. Dat betekent mijns inziens dat (i) de curator zolang het oorzakenonderzoek niet is afgerond geen mededelingen daarover naar buiten doet en (ii) dat het verslag van het oorzakenonderzoek in beginsel niet integraal door de curator wordt gepubliceerd. Zie over dit laatste § 10.

Bij het beoordelen van het handelen van de rechtspersoon (beginsel 10) moet *hindsight bias* worden voorkomen. *Hindsight bias* leidt ertoe dat, achteraf bezien, een gebeurtenis met een ongunstige afloop waarschijnlijker, noodzakelijker, onvermijdelijker en voorspelbaarder lijkt dan zij leek voordat de

48. Proefschrift § 7.4.8.1.

49. Proefschrift § 7.4.8.2.

ongunstige afloop bekend was. *Hindsight bias* is een van de denkfouten die de onderzoekers moeten voorkomen bij het beoordelen van het handelen van de rechtspersoon. In hoofdstuk 8 van mijn proefschrift beschrijf ik wat *hindsight bias* is, hoe deze *bias* het oordeel van onderzoekers kan beïnvloeden en hoe dat risico zoveel mogelijk kan worden gemitigeerd. Dat laatste kan onder meer door het uitvoeren van een gestructureerd werkproces.⁵⁰ Dat is ook voor de uitvoering van het oorzakenonderzoek van het grootste belang.⁵¹

8. Rechtsbescherming van betrokkenen

8.1 *Enquêteprocedure*

In de Wet aanpassing enquêterecht heeft de wetgever gevolg gegeven aan de kritiek vanuit de rechtspraktijk en de wetenschap op het ontbreken van voldoende waarborgen ten aanzien van het onderzoek.⁵² De belangrijkste wijzigingen zijn het aan artikel 2:351 BW toegevoegde vierde lid, dat bepaalt dat de onderzoekers degenen die in het verslag worden genoemd in de gelegenheid stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben, en de introductie van een raadsheer-commissaris, die toezicht houdt op het onderzoek en aanwijzingen aan de onderzoekers kan geven (artikel 3:350 lid 4 BW).⁵³ Daarnaast is de rechtsbescherming van betrokkenen ook gewaarborgd doordat de Ondernemingskamer alleen een onderzoek kan gelasten als er sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan juist beleid of een juiste gang van zaken en de Ondernemingskamer het onderzoeksbudget vaststelt. De vertrouwelijkheid van het onderzoek wordt onder meer beschermd doordat de publicatie van het verslag is beperkt. Voor de rechtspraktijk zijn verder de in 2011 gepubliceerde en in 2013 herziene Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers van belang.⁵⁴ De Aandachtspunten zijn richtlijnen die verdere

50. Proefschrift § 8.11. Vgl. hierover voorts de bijdrage van Giard aan deze bundel; R.D. Vriesendorp, '[**]it happens; then and now', *TvI* 2017/23; L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – *Curator, are you seeing the bigger picture?*', *TvI* 2018/42.

51. Vgl. ook de bijdrage van Giard aan deze bundel.

52. De minister verwees in de memorie van toelichting naar: R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 72), Deventer: Kluwer 2003, p. 113-173; J.M. Blanco Fernández, M. Holtzer & G. van Solinge, *Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures* (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 78), Deventer: Kluwer 2004.

53. Zie voor een overzicht R.M. Hermans, 'Enkele suggesties voor aanpassing van de regels voor de onderzoeksfase', *Ondernemingsrecht* 2018/70.

54. [Rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Aandachtspunten-aanbevelingen-en-suggesties-voor-onderzoekers.pdf](https://rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Aandachtspunten-aanbevelingen-en-suggesties-voor-onderzoekers.pdf).

bepalingen bevatten die de rechtspositie van de bij het onderzoek betrokkenen beschermen. Alhoewel er zeker nog vele mogelijkheden zijn om verbeteringen door te voeren, vooral de verplichting om in elk wat groter onderzoek een onderzoeksprotocol en een plan van aanpak op te stellen, is de rechtsbescherming in de enquêteprocedure op papier redelijk geregeld.⁵⁵ Het komt vooral aan op de wijze waarop de praktijk ermee omgaat. Mijn indruk is dat die meer aandacht heeft voor rechtsbescherming dan een aantal jaren geleden, maar ik heb hier geen onderzoek naar gedaan.

8.2 Oorzakenonderzoek

In vergelijking met de rechtsbescherming tijdens het onderzoek in de enquêteprocedure is de rechtsbescherming tijdens het oorzakenonderzoek op dit moment nagenoeg totaal afwezig. De betrokkenen bij het oorzakenonderzoek zijn volledig overgeleverd aan de discretie van de curator. Dit geldt op vrijwel alle punten waarop het enquêteonderzoek wel in rechtsbescherming voorziet. Naar mijn mening brengt een goede rechtsbescherming voor de betrokkenen in het oorzakenonderzoek mee dat het volgende zou moeten worden geregeld (waarbij ik in herinnering roep dat mijn betoog betrekking heeft op oorzakenonderzoeken in grote, complexe faillissementen):

- De curator stelt een onderzoeksprotocol en een plan van aanpak vast, die door de rechter-commissaris worden goedgekeurd volgens de procedure in § 5 voorgesteld.
- De curator houdt zich aan de beginselen van behoorlijk onderzoek.
- De curator⁵⁶ hoort in het kader van het oorzakenonderzoek de bestuurders en commissarissen van de rechtspersoon, alsmede andere personen over wie wezenlijke bevindingen in het verslag over het oorzakenonderzoek worden opgenomen.⁵⁷
- De curator stelt degenen ten opzichte van wie hij een hoorplicht heeft in de gelegenheid een zienswijze in te dienen.⁵⁸
- De curator stelt degenen die in het verslag worden genoemd in de gelegenheid om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben, alvorens het verslag definitief vast te stellen.
- Gedurende het onderzoek doet de curator geen mededelingen aan derden over de inhoud van het onderzoek. In het faillissementsverslag vermeldt hij

55. In mijn proefschrift heb ik 78 suggesties voor verbetering van de Aandachtspunten gedaan.

56. Als het oorzakenonderzoek door een ander dan de curator wordt uitgevoerd, geldt het navolgende voor de door de curator benoemde onderzoeker.

57. Zie over de hoorplicht proefschrift § 6.4.7, § 7.4.12.3 en § 7.6.6.1.

58. Zie over de mogelijkheid een zienswijze in te dienen proefschrift § 7.6.7.2.

alleen iets over de voortgang van het onderzoek, zonder te vermelden op wie het onderzoek betrekking heeft.

- Zolang het oorzakenonderzoek niet is afgerond, treft de curator in beginsel geen rechtsmaatregelen of stelt hij geen betrokkenen bij het onderzoek aansprakelijk.⁵⁹ Wel kan hij, mocht hangende het oorzakenonderzoek een vordering dreigen te verjaren, deze verjaringstermijn stuiten. Naast verjaring kan er ook sprake zijn van een vervaltermijn die dreigt te verstrijken. Het probleem bij een vervaltermijn is dat deze soms wel, maar soms ook niet in overleg tussen de curator en de betrokkene kan worden verlengd. Als verlenging van de vervaltermijn niet mogelijk is, of wel mogelijk is maar de belanghebbende daar niet aan mee wil werken, kan ik mij voorstellen dat de curator ook voordat het oorzakenonderzoek is afgerond rechtsmaatregelen treft. Dit kan gerechtvaardigd zijn als (i) de curator het oorzakenonderzoek (of het relevante deel daarvan) in redelijkheid niet voor het verstrijken van de vervaltermijn heeft kunnen afronden en (ii) na afloop van het oorzakenonderzoek de rechter-commissaris opnieuw beoordeelt of hij de curator kan machtigen rechtsmaatregelen te treffen en, mocht dat niet het geval zijn, de curator opdraagt de getroffen rechtsmaatregel in te trekken.

9. Toezicht op het onderzoek door de rechter-commissaris

9.1 *Enquêteprocedure*

Sinds de inwerkingtreding van de Wet aanpassing enquêterecht in 2013 wordt in elk enquêteonderzoek een raadsheer-commissaris benoemd, die toezicht houdt op het onderzoek (artikel 2:350 lid 4 BW). De raadsheer-commissaris kan de onderzoekers op verlangen van verzoekers of belanghebbenden aanwijzingen geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd, indien de goede gang van zaken van het onderzoek dit vereist. De raadsheer-commissaris kan ook de onderzoekers op hun verlangen een aanwijzing geven.⁶⁰ Doel van de introductie van een raadsheer-commissaris was meer waarborgen te scheppen voor een procedureel zorgvuldig onderzoek door versterking van de onderzoeksfase.⁶¹ Uit de evaluatie van de Wet aanpassing

59. Onder het treffen van rechtsmaatregelen versta ik niet alleen het instellen van een procedure voor de civiele rechter, maar ook het initiëren van andere procedures. Zoals de toelichting op Praktijkregel 5.2 vermeldt, kunnen er ook andere redenen zijn om van dit beginsel af te wijken.

60. Zie over het toezicht van de raadsheer-commissaris proefschrift hoofdstuk 9; E.M. Soerjatin, 'De raadsheer-commissaris in actie in het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2017/2; R. Verheggen, 'Ervaringen met de raadsheer-commissaris in het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2017/94.

61. Proefschrift § 7.1.2.3 en § 9.1.2.1.

enquêterecht blijkt dat de introductie van de raadsheer-commissaris neutraal-positief wordt beoordeeld.⁶² Het aantal verzoeken aan de raadsheer-commissaris om een aanwijzing aan de onderzoekers te geven is tot nu toe vrij beperkt en stabiliseert zich op enkele verzoeken per jaar.⁶³

9.2 Oorzakenonderzoek

De rechter-commissaris heeft op dit moment geen functie in het oorzakenonderzoek, anders dan zijn algemene, in artikel 64 Fw gecodificeerde, toezichthoudende taak op het beheer en de afwikkeling van de failliete boedel. Ook de Recofa-richtlijnen geven hem geen specifieke taak in het kader van het oorzakenonderzoek. In § 8.2 heb ik uiteengezet dat de rechtsbescherming voor belanghebbenden bij het oorzakenonderzoek slecht is geregeld. Er is geen argument te verzinnen waarom belanghebbenden bij een oorzakenonderzoek minder behoefte zouden hebben aan rechtsbescherming dan belanghebbenden bij een enquêteprocedure. Integendeel, het omgekeerde is het geval: institutionele waarborgen die voortvloeien uit het feit dat de Ondernemingskamer beoordeelt of er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan juist beleid of een juiste gang van zaken, de onderzoekers benoemt en het onderzoeksbudget vaststelt, ontbreken bij het oorzakenonderzoek in faillissement. Om die reden meen ik dat er bij uitstek een taak ligt voor de rechter-commissaris om toezicht te houden op de uitvoering van het oorzakenonderzoek. Concreet betekent dat het volgende:

- De rechter-commissaris overweegt of hij de rechtbank moet verzoeken op grond van artikel 70 lid 2 Fw een curator te benoemen met als specifieke opdracht het oorzakenonderzoek uit te voeren, of de curator een aanwijzing te geven het oorzakenonderzoek door een andere persoon te laten uitvoeren (zie § 3.3).
- De rechter-commissaris keurt het onderzoeksprotocol en het plan van aanpak goed, waarin begrepen de scope van het onderzoek en het onderzoeksbudget (zie § 5.4).
- De rechter-commissaris beslist met redenen omkleed op elk verzoek van een belanghebbende de curator een aanwijzing te geven ter zake van het oorzakenonderzoek, ongeacht of deze belanghebbende behoort tot de kring

62. A.J.F. Lafarre e.a., *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk* 2018, WODC-rapport 2791, Tilburg University, Department Business Law; A.J.F. Lafarre e.a., 'De evaluatie van de Wet aanpassing enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2018/66; R.M. Hermans, 'Enkele suggesties voor aanpassing van de regels voor de onderzoeksfase', *Ondernemingsrecht* 2018/70.

63. Zie voor de vindplaatsen proefschrift § 9.1.4 en voetnoot 20 bij mijn artikel in *Ondernemingsrecht* 2018/66.

van personen die ingevolge het bepaalde in artikel 69 Fw tegen een handeling van de curator bij de rechter-commissaris kunnen opkomen. De rechter-commissaris overweegt daarbij of een goede rechtsbedeling het wenselijk maakt deze betrokkenen in persoon te horen. De rechter-commissaris betreft bij zijn overwegingen dat een belanghebbende die niet op de voet van artikel 69 Fw tegen een handeling van de curator kan opkomen, geen beroep kan instellen tegen zijn beslissing. In ieder geval draagt de rechter-commissaris er zorg voor dat voldaan is aan het beginsel van hoor en wederhoor als bedoeld in artikel 19 Rv. Dat betekent dat de rechter-commissaris in geen geval informatie aan zijn beslissing ten grondslag legt die hem vertrouwelijk door de curator is verstrekt, en de belanghebbende indien nodig in de gelegenheid stelt op argumenten van de curator in zijn verweerschrift, waarop hij niet in zijn verzoek om een aanwijzing heeft geanticipeerd, te reageren.

Ik realiseer mij dat deze aanbevelingen meer werk voor de rechter-commissaris meebrengen. Gelet op (i) de zwakke rechtspositie van belanghebbenden bij het oorzakenonderzoek; (ii) het potentiële tegenstrijdige belang van de curator met het belang van de boedel; en (iii) de overeenkomsten met het enquêteonderzoek, waarbij de wetgever de rechtsbescherming van de betrokkenen bij het onderzoek heeft versterkt door de introductie van een raadsheer-commissaris die toezicht houdt op het onderzoek, meen ik dat die extra werkbelasting voor lief moet worden genomen.

10. Publicatie van het onderzoeksverslag

In de enquêteprocedure is geregeld wie inzage kunnen krijgen in het onderzoeksverslag en wie daaruit, met machtiging van de voorzitter van de Ondernemingskamer, mag citeren. Deze regeling leent zich niet zonder meer voor overeenkomstige toepassing op het verslag van het oorzakenonderzoek, omdat de rechtspersoon zelf geen belang meer heeft bij vertrouwelijkheid. Dat neemt niet weg dat ik meen dat als uitgangspunt het verslag van het oorzakenonderzoek niet integraal gepubliceerd zou moeten worden. De reden is het belang van degenen over wie negatieve bevindingen in het oorzakenonderzoek zijn opgenomen. Zelfs met de door mij gesuggereerde aanpassingen blijft de rechtsbescherming tijdens het oorzakenonderzoek beperkt. Er is geen rechter ten overstaan van wie een debat over het oorzakenonderzoek en het verslag daarover heeft plaatsgevonden. Voor het beheer en de vereffening van de boedel is publicatie van het verslag van het oorzakenonderzoek niet vereist. De curator kan het in een door hem aan te spannen procedure in het geding brengen, waarbij de rechter zo nodig toepassing kan geven aan het bepaalde in artikel 29

Rv. Uitzonderingen op dit beginsel zijn denkbaar, bijvoorbeeld als de gefailleerde van groot maatschappelijk belang was (bijvoorbeeld het faillissement van een bank of ondernemingen in de (semi)publieke sector, zoals ziekenhuizen, zorginstellingen en woningbouwcorporaties). In dat geval is echter vereist dat het oorzakenonderzoek kwalitatief aan hoge eisen heeft voldaan en er voldoende ruimte is geweest voor hoor en wederhoor.

11. Aanbevelingen

Uit bovenstaande analyse vloeit voort dat er alle reden is de rechtspositie van belanghebbenden bij het oorzakenonderzoek te versterken. Iedere curator kan daaraan zijn steentje bijdragen door zelf maatregelen te nemen om recht te doen aan de rechtvaardige belangen van de betrokkenen bij het oorzakenonderzoek. Evenzo kan ook iedere rechter-commissaris zijn uit artikel 64 Fw toekomende bevoegdheid om toezicht te houden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel actief gebruiken door ook op het oorzakenonderzoek toezicht te houden. Dat neemt niet weg dat het wenselijk is de rechtspositie van de belanghebbenden bij het oorzakenonderzoek te verankeren in de Faillissementswet en soft law, zoals de Recofa-richtlijnen en de Insolad Praktijkregels voor Curatoren.

11.1 Suggesties voor wetswijziging

In artikel 68 lid 3 Fw wordt verduidelijkt dat de curator ook voor het instellen van andere rechtsvorderingen dan het optreden voor de burgerlijke rechter, zoals het indienen van een straf- of tuchtklacht, de machtiging van de rechter-commissaris behoeft.

Aan artikel 68 Fw wordt een vierde lid toegevoegd, inhoudende dat als de curator een verslag opstelt over de oorzaken van het faillissement, hij degenen die in het verslag worden genoemd in de gelegenheid stelt om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben.

In artikel 69 Fw wordt opgenomen dat eenieder die daarbij een voldoende belang heeft, bij de rechter-commissaris kan opkomen tegen handelingen van de curator.

11.2 Suggesties voor wijziging van de Recofa-richtlijnen

In de Recofa-richtlijnen wordt een artikel over oorzakenonderzoeken opgenomen. Daarin wordt onder meer opgenomen dat de rechter-commissaris de curator de aanwijzing kan geven een onderzoeksprotocol en een plan van

aanpak op te stellen en wat deze documenten ten minste moeten inhouden. In dat geval is de curator gehouden concepten van deze documenten aan de belanghebbenden bij het oorzakenonderzoek voor te leggen en advies te vragen aan de crediteurencommissie. Vervolgens legt de curator het onderzoeksprotocol en het plan van aanpak ter goedkeuring voor aan de rechter-commissaris. Verder acht ik het wenselijk dat zolang de wetgever geen gevolg heeft gegeven aan de suggesties van § 11.1, deze in ieder geval worden vastgelegd in de Recofa-richtlijnen.

11.3 *Suggesties voor wijziging van de Insolad Praktijkregels voor curatoren*

Aan Praktijkregel 5.1 wordt toegevoegd dat de curator bij het oorzakenonderzoek de bestuurders van de gefailleerde hoort, de betrokkenen bij het onderzoek desgewenst in staat stelt een zienswijze in te dienen en dat degenen die in het verslag van het oorzakenonderzoek worden genoemd in de gelegenheid worden gesteld opmerkingen te maken op wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben. Verder wordt hierin bepaald (i) dat de curator het verschoningsrecht van verschoningsgerechtigden respecteert; (ii) waarborgen schept voor de bescherming van de privacy van derden en het bepaalde in de Algemene verordening gegevensbescherming respecteert; en (iii) proportioneel van zijn bevoegdheden gebruikmaakt.

Aan Praktijkregel 5.3 wordt toegevoegd dat de curator in het faillissementsverslag geen uitspraak doet over het oorzakenonderzoek alvorens dat onderzoek volledig is afgerond, inclusief hoor en wederhoor.

Verder worden in de Praktijkregels het onderzoeksprotocol en het plan van aanpak geregeld, en wordt daarbij een model onderzoeksprotocol en model plan van aanpak gevoegd.

De Curator en de Failliet – Diverse aspecten van het Oorzakenonderzoek

E.J. OPPEDIJK VAN VEEN EN V.G.M. LEFERINK¹

1. Inleiding

De omvang van de taak van de curator is al gedurende lange tijd onderwerp van discussie.² Een belangrijke discussie, omdat het voor alle betrokkenen bij een faillissement klip en klaar moet zijn wat een curator al dan niet kan, mag en moet doen. Het vertrouwen in de Nederlandse faillissementsprocedure is mede afhankelijk van (i) de voorspelbaarheid van het handelen van de curator, (ii) duidelijkheid omtrent de reikwijdte van de verantwoordelijkheden, bevoegdheden en verplichtingen van de curator en (iii) transparantie in de verslaglegging van de curator.

Eén specifiek onderdeel van de taak van de curator staat de laatste jaren, mede vanwege de invoering van de Wet versterking positie curator,³ meer en meer in de belangstelling: het onderzoek naar de oorzaken van het faillissement. De Wet versterking positie curator bepaalt expliciet dat het de taak van de curator is om onregelmatigheden op te sporen die het faillissement hebben veroorzaakt, de vereffening van de boedel hebben bemoeilijkt of het tekort in het faillissement hebben vergroot.⁴

In de context van deze INSOLAD bundel zullen wij aandacht besteden aan de vraag of de curator in ieder faillissement enige vorm van onderzoek zal moeten doen, aan de verschillende bevoegdheden die de curator in dat verband heeft en aan de wijze waarop de curator verslaglegging moet doen van zijn bevindingen.

De problematiek van de lege boedel laten wij, hoe relevant ook, in deze bijdrage buiten beschouwing. De realiteit is dat de intensiteit waarmee een oorzakenonderzoek wordt uitgevoerd, feitelijk wordt bepaald door de omvang van de boedel. Alleen als er geld in de boedel beschikbaar is om onderzoek te

1. Ester Oppedijk van Veen en Vera Leferink zijn beide advocaat bij RESOR NV.

2. F.M.J. Verstijlen, *GS Faillissementswet*, artikel 68 Fw, aant. 3.2.

3. De Wet van 22 maart 2017 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator; *Kamerstukken II*, 34253).

4. Artikel 68 lid 2 Fw.

doen en om daarvan aan de verschillende gremia verslag te doen, vindt dit ook daadwerkelijk plaats. Dit is vanuit het perspectief van curatoren zeer begrijpelijk, maar leidt tot een arbitrair systeem. Het is in onze visie aan de wetgever om omstandigheden te scheppen waarbinnen er – los van de omvang van de boedel – in vergelijkbare faillissementen, vergelijkbaar oorzakenonderzoek door de curator kan plaatsvinden. Bovendien is het aan de wetgever om als onderzoek primair nodig is om algemene maatschappelijke belangen te dienen, de kosten van een dergelijk onderzoek af te wentelen op de maatschappij en niet op een willekeurige groep schuldeisers. In het vervolg van deze bijdrage zullen wij echter grotendeels los van deze financieringsproblematiek ingaan op de genoemde aspecten van het oorzakenonderzoek.

2. Plicht (?) tot het uitvoeren van een oorzakenonderzoek

Het faillissement is een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁵ Door faillietverklaring verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen (artikel 23 Fw). De curator is belast met het beheer en de vereffening van de boedel (artikel 68 Fw). De curator heeft tot taak de bestanddelen van de boedel bijeen te brengen en te houden, te beheren en – behoudens in geval van het tot stand komen van een faillissementsakkoord – te vereffenen.⁶ Het faillissement is gericht op het te gelde maken van het vermogen van de schuldenaar en de verdeling van de netto-opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers in overeenstemming met ieders rang.⁷ De curator behartigt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁸ Individuele verhaalsacties worden door middel van het faillissement gekanaliseerd in één collectieve actie.

De praktijk is echter dat de meeste faillissementen worden opgeheven wegens gebrek aan baten. Daarmee kan worden geconcludeerd dat de huidige faillissementspraktijk de verhaalsbelangen van schuldeisers nauwelijks nog dient. Het concept van het faillissement uitsluitend als verhaalsprocedure ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers is volgens sommigen dan ook niet meer op zijn

5. Memorie van toelichting, Van der Feltz I (1896), p. 339.

6. B. Wessels, *Insolventierecht IV*, 4^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2015, § 4088.

7. N.J. Polak, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 13.

8. Memorie van toelichting, Van der Feltz I (1896), p. 371 en HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628 (*Notaris M./Curatoren THB, Notarissen THB II*).

plaats.⁹ Op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad mag de curator bovendien bij de uitvoering van zijn taak naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ook belangen van maatschappelijke aard in acht nemen.¹⁰ Hierbij valt te denken aan het behoud van werkgelegenheid, de voortzetting van essentiële diensten, behoud van kapitaal en kennis, het vertrouwen van het publiek, het saneren van ondernemingen, een ordelijke afwikkeling van niet-levensvatbare rechtspersonen en de bestrijding van fraude.¹¹

Het feit dat de curator maatschappelijke belangen mag meewegen maakt echter niet dat de curator deze kan laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke crediteuren.¹² Voor het prevaleren van maatschappelijke belangen bestaat immers geen rechtvaardiging. Schuldeisers moeten in een faillissement pas op de plaats maken, zodat het vermogen van de failliet op een efficiënte en eerlijke manier door de curator kan worden afgewikkeld. De rechtvaardiging daarvoor is dat een collectieve verhaalsprocedure leidt tot vergroting van het voor verhaal beschikbare actief en verdeling daarvan onder schuldeisers conform hun rang. Hiermee strookt niet dat de curator het voor verhaal beschikbare actief verkleint door maatschappelijke belangen te dienen. Hiervoor bestaat geen rechtvaardiging. Dit wordt onderschreven door de wetgever die in de memorie van toelichting bij de Wet versterking positie curator de taak van de curator en de botsing van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en de belangen van maatschappelijke aard als volgt verwoordt:

*“In faillissementen is een centrale rol toebedeeld aan de curator. Zijn **kerntaak is het beheer en de vereffening van de failliete boedel** (art. 68 lid 1 Fw) met als uiteindelijk doel de eventuele opbrengst onder de schuldeisers te verdelen. De curator verricht zijn taak vooral ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers*

9. J.J. van Hees, ‘Het faillissement als achterhaald concept’, in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijk recht*, Serie Onderneming en Recht, deel 100, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
10. HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (*Maclou*), r.o. 3.6; HR 19 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AN7817, *NJ* 2004/293 (*Curatoren Mobell/Interplann*), r.o. 3.5.2 en HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472 (*Ontvanger/Gerritse, Sigmacon II*), r.o. 3.5.
11. Zie onder meer: J.J. van Hees, ‘Het faillissement als achterhaald concept’, in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijk recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 193 en A. van Hees, ‘Het doel van het faillissement en de taak van de curator’, *TvI* 2004/45.
12. Zie onder meer: A.T.M. Adams, ‘Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?’, *MvO* 2017/3&4; A. van Hees, ‘Het doel van het faillissement en de taak van de curator’, *TvI* 2004/45; J.L.R.A. Huyecoper, ‘Andere zwaarwegende belangen’, in: M.L.S. Kalff e.a. (red.), *De Integere Curator*, INSOLAD jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007; en W.J.P. Jongepier, ‘Andere zwaarwegende belangen’, *FIP* 2018/271.

*in het streven voor hen een zo groot mogelijk boedelactief te genereren, zij het dat hij in zijn beleidsafwegingen ook belangen van maatschappelijke aard mag betrekken, zoals werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming (HR 4 december 1963, NJ 1964/144 en HR 24 februari 1995, NJ 1996/472). Het **primaat** ligt echter bij een zodanige afwikkeling van het faillissement dat alle daarbij betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak worden behartigd (zo al HR 10 januari 1910, W 8970).*"¹³ [Vet VL en EOvV]

De kerntaak van de curator is het beheer en de vereffening van de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het is dan ook tegen die achtergrond en binnen dat kader dat de curator een oorzakenonderzoek mag en, naar onze mening, in beginsel ook moet uitvoeren.

Tot de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator was het oorzakenonderzoek niet uitdrukkelijk in de wet verankerd. Desondanks werd in de praktijk het uitvoeren van een oorzakenonderzoek wel tot één van de taken van de curator gerekend. Dit werd onder meer afgeleid uit het bestaande takenpakket van de curator:¹⁴

- i. Bij aanvang van het faillissement dient de curator te onderzoeken of hij de onderneming geheel of gedeeltelijk voort kan zetten en verkopen om op die manier een zo hoog mogelijke boedelopbrengst te realiseren. De oorzaken van het faillissement zullen een belangrijke rol spelen in de afweging en mogelijkheid tot voortzetting en verkoop van de onderneming.
- ii. Boedelreconstructie wordt tot één van de taken van de curator gerekend. In dit kader dient de curator onder meer te besluiten of hij tot aansprakelijkstelling van derden overgaat en of hij ter zake bereid is een procedure te voeren. Om een goede afweging te kunnen maken zal de curator eerst moeten onderzoeken wat de oorzaken van het faillissement zijn. In artikel 2:138 en 2:248 BW staat letterlijk dat een bestuurder aansprakelijk is voor het boedeltekort indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In die lijn verplicht artikel 5.1 van de INSOLAD praktijkregels de curator te onderzoeken of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde of tegen andere personen of rechtspersonen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders en kredietverschaffers in verband met het ontstaan van het faillissement.

13. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3 (MvT), p. 2-3.

14. R.D. Vriesendorp, '[**] it happens; then and now', *TvI* 2017/23 en R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20.

- iii. Het is de taak van de curator om de gezamenlijke schuldeisers te informeren over achtergronden van het faillissement.¹⁵ Om hier deugdelijk toe in staat te zijn zal de curator eerst moeten onderzoeken wat de achtergronden van het faillissement zijn.

Met de Wet versterking positie curator is het nieuwe artikel 68 lid 2 Fw geïntroduceerd.¹⁶ Dit artikel bepaalt:

“De curator:

- a. beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot;*
- b. informeert hierover de rechter-commissaris vertrouwelijk; en*
- c. doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.”*

Uit de memorie van toelichting bij de Wet versterking positie curator blijkt dat de wetgever meent dat de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren inherent is aan en in het logische verlengde ligt van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen. Het is niet de bedoeling van de wetgever geweest om met het nieuwe artikel 68 lid 2 Fw de kerntaak van de curator aan te passen:

“Dit wetsvoorstel tast de kerntaak van de curator niet aan; de curator is en blijft vooral beheerder en vereffenaar van de failliete boedel ten bate van de gezamenlijke crediteuren. Daartoe geeft onze wetgeving hem nu al de nodige instrumenten om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en te redresseren. Ter illustratie zij gewezen op de strafrechtelijk gesanctioneerde inlichtingenplicht van de failliet (art. 105 Fw j° art. 194 Sr (huidig en nieuw)), de inbewaringstelling bij plichtsverzuim van de gefailleerde (art. 87 Fw), evenals bijvoorbeeld acties wegens onbehoorlijk bestuur (artt. 9, 138 en 248 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW)), uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of wegens paulianeuze onttrekkingen aan de boedel (artt. 42 e.v. Fw) alsmede de aangekondigde mogelijkheid om voor maximaal vijf jaar een civielrechtelijk bestuursverbod wegens, kort gezegd, onbehoorlijk bestuur te kunnen vorderen (artt. 106a e.v. Fw). Kortom, de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren is in

15. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Oost-Brabant 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5916, JOR 2017/23.

16. Deze wet is op 1 juli 2017 in werking getreden.

wezen inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen.¹⁷ [Vet VL/EOvV]

Uitgangspunt is wat ons betreft dan ook dat de curator in ieder faillissement een oorzakenonderzoek moet doen. Bij het uitvoeren van het oorzakenonderzoek heeft de curator een bepaalde mate van beleidsvrijheid. De intensiteit en omvang van het door de curator te voeren oorzakenonderzoek hangt af van de omvang en complexiteit van het faillissement. Bij kleine, overzichtelijke faillissementen van ondernemingen waar de administratie op orde is en waaruit geen onregelmatigheden blijken, zal er over het algemeen weinig aanleiding zijn tot het doen van een intensief oorzakenonderzoek.

Wij menen dat de curator in eerste instantie kan volstaan met een *prima facie* onderzoek. Tot dit *prima facie* onderzoek behoren bijvoorbeeld de eerste (informele) gesprekken met bestuurders en/of andere nauw betrokken personen, een eerste scan van de administratie en een eerste opvolging van eventuele meldingen van onregelmatigheden. Op grond van zijn eerste bevindingen kan de curator een inschatting maken of nader onderzoek nodig is (i) om zijn primaire taak tot beheer en vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers goed uit te kunnen voeren, (ii) om maatschappelijke belangen te dienen (onrust in de maatschappij beteugelen, lessen trekken voor de toekomst, aanwijzen van publiek verantwoordelijke partijen) of (iii) ter bestrijding van strafbare feiten.¹⁸

Wat ons betreft ligt er alleen in het geval onder (i) een taak bij de curator. Alleen dan past een oorzakenonderzoek binnen de kerntaak van de curator en alleen voor een dergelijk onderzoek is de curator voldoende geëquipeerd. In het vervolg van onze bijdrage zullen wij een dergelijk onderzoek aanduiden met de term *Oorzakenonderzoek*. In de andere twee gevallen kan de curator eventueel een ondersteunende rol op zich nemen (door bijvoorbeeld waar mogelijk informatie te verstrekken), maar ligt primair de taak en verantwoordelijkheid om onderzoek te verrichten bij instanties die het maatschappelijk belang dienen, zoals het OM/FIOD of een door de overheid of ander publiek orgaan (op ad-hocbasis) in te stellen onderzoekscommissie.

Voor wat betreft de bestrijding van faillissementsfraude geldt overigens dat de wetgever het binnen de kerntaak van de curator vindt passen dat hij, op het

17. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3 (MvT), p. 3.

18. Zie ook: R.D. Vriesendorp, '[**] it happens; then and now', *TvI* 2017/23.

moment dat hij aanwijzingen van fraude signaleert, hierover de rechter-commissaris informeert en eventueel melding of aangifte doet bij de bevoegde instanties. Blijkens de memorie van toelichting bij de Wet versterking positie curator is deze meldings- en signaleringsplicht een uitvloeisel van een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid.¹⁹ Het doen van een melding en/of aangifte zou volgens de memorie van toelichting slechts beperkte extra werkzaamheden voor de curator op moeten leveren.²⁰ Anders dan wat sommigen uit de Wet versterking positie curator afleiden menen wij dat de rol van de curator in fraudebestrijding beperkt is tot een signalerende rol (melding en eventueel aangifte doen). In het verdere onderzoek naar onregelmatigheden die via strafrechtelijke vervolging dienen te worden afgehandeld, is in beginsel geen rol weggelegd voor de curator, maar dient het OM de regie te voeren. De onderzoekstaak van de curator wordt met de Wet versterking positie curator naar onze mening dan ook niet uitgebreid.

Indien de curator na afronding van zijn *prima facie* onderzoek over wenst te gaan tot het uitvoeren van een nader Oorzakenonderzoek dient hij iedere keer de afweging te maken of dat in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. De beslissing om door te gaan met het Oorzakenonderzoek is daarmee naar onze mening een investeringsbeslissing die de curator namens de gezamenlijke schuldeisers neemt. Dit betekent dat de curator tijdens het verrichten van het Oorzakenonderzoek steeds een kosten-/batenanalyse zal moeten maken. De vraag die de curator zich daarbij moet stellen is of het realistisch is dat het doen van een nader Oorzakenonderzoek leidt tot een nettoresultaat voor de boedel.²¹ Als het antwoord op deze vraag negatief is dan dient de curator naar onze mening zijn Oorzakenonderzoek in beginsel te staken. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de reële verwachting bestaat dat een mogelijk aansprakelijke bestuurder geen verhaal zal bieden of indien de kosten van het onderzoek de mogelijke reconstructie door een pauliana zullen overtreffen. De curator mag in een dergelijk geval naar onze mening alleen het Oorzakenonderzoek voortzet-

19. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3 (MvT), p. 3.

20. Door curatoren wordt deze meldings- en signaleringsplicht wel ervaren als een significante verzwaring van hun taak. Met het doen van aangifte is immers tijd en geld gemoeid. Er wordt hiervoor aan curatoren een (voor omvangrijke gevallen zeer) beperkte vergoeding geboden. Voorwaarde voor de vergoeding is bovendien dat de aangifte in opsporing wordt genomen. Met Harmsen (in C.M. Harmsen, 'De curator en de bestrijding van fraude', *Ondernemingsrecht* 2014/78) zijn wij het eens dat deze voorwaarde ongelukkig is. Of een aangifte in opsporing wordt genomen hangt over het algemeen niet samen met de kwaliteit maar met de vraag of er bij het OM/FIOD voldoende capaciteit beschikbaar is. Terwijl het doen van aangifte verplicht is, hangt het van onzekere factoren die buiten de macht van de curator liggen af of hij daarvoor de beperkte vergoeding ontvangt.

21. Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Utrecht 18 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO9632.

ten indien de schuldeisers ten laste van wie het Oorzakenonderzoek wordt gefinancierd²² instemmen met een nader Oorzakenonderzoek. De schuldeisers waarvan instemming nodig is, zijn in onze visie de schuldeisers die zonder het maken van de kosten voor een nader Oorzakenonderzoek een (hogere) uitkering zouden hebben ontvangen.²³

Interessant in dit kader is het advies van de Commissie cassatie in het belang der wet van 27 augustus 2018 waarin de commissie een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 21 juni 2017²⁴ voordraagt voor het instellen van cassatie in het belang der wet.²⁵

Het betreft een procedure waarin bestuurders van een failliete stichting opkomen tegen het feit dat de curator zijn oorzakenonderzoek wil afronden. Bestuurders stellen zich op het standpunt dat, omdat de boedel een surplus heeft, het onderzoek niet in het belang van de boedel en de gezamenlijke schuldeisers is en dat de curator dient over te gaan tot afwikkeling van het faillissement. Zowel de rechter-commissaris in het kader van een 69 Fw-verzoek als de rechtbank in hoger beroep volgen de bestuurders niet in dit standpunt. De rechtbank doet dit onder de overweging dat naar huidige maatstaven de taak van de curator breder is dan louter het beheer en de vereffening van de boedel. Volgens de huidige taakopvatting dient hij, volgens de rechtbank, onder omstandigheden tevens rekening te houden met andere belangen, waaronder maatschappelijke belangen, de belangen van de gefailleerde zelf en de belangen van de werknemers. Tot de taken van de curator wordt ook gerekend een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement, met daarbij inbegrepen het onderzoek naar eventuele aansprakelijkheid van bestuurders. De curator dient deze belangen volgens de rechtbank tegen elkaar af te wegen.

In dit geval acht de rechtbank het mede van belang dat ten tijde van dit vonnis nog (maar) twee getuigen gehoord hoeven te worden, waarna de curator, zoals hij heeft verklaard, in overleg met de rechter-commissaris de afweging zal

22. Dit kan ook het geval zijn bij de financiering van het nadere Oorzakenonderzoek met een boedelmortgage. Als dit boedelmortgage met voorrang dient te worden terugbetaald en de terugbetalingsverplichting niet beperkt is tot de opbrengsten die (indirect) het resultaat zijn van het oorzakenonderzoek dan zal het boedelmortgage uiteindelijk ten laste komen van de boedel/gezamenlijke schuldeisers.

23. Andere schuldeisers hebben hierbij geen belang en zouden diensgevolge geen stem moeten hebben. Vgl. artikel 3:303 BW.

24. Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, *JOR* 2017/278.

25. Commissie cassatie in het belang der wet, 'Advies aan de procureur-generaal d.d. 27 augustus 2018 – verslag over de achtste periode', *rechtspraak.nl*.

maken of zal worden overgegaan tot aansprakelijkheidsprocedures. Hieruit volgt dat op dit moment nog slechts een beperkt aantal werkzaamheden nodig zal zijn om tot meer duidelijkheid te komen over het vervolg van het faillissement. Gegeven het feit dat het oorzakenonderzoek tot de taak van de curator behoort, kan volgens de rechtbank niet worden gezegd dat de curator in die omstandigheden dat onderzoek niet zou mogen voortzetten. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de curator op goede gronden heeft kunnen menen dat bij de huidige stand van zaken het maatschappelijke belang van het oorzakenonderzoek in het onderhavige geval zwaarder weegt dan het belang van de boedel en de gefailleerde.

Naar aanleiding van deze uitspraak heeft de Commissie cassatie in het belang der wet de volgende vraag aan de procureur-generaal voorgelegd: *Mag een curator (nader) onderzoek verrichten naar eventueel onbehoorlijk bestuur indien in de boedel van een failliete rechtspersoon (ruimschoots) voldoende middelen beschikbaar zijn om de crediteuren volledig te voldoen?* De commissie is van oordeel dat de beantwoording van deze vraag uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtsontwikkeling wenselijk zou kunnen zijn. Belangrijkste redenen daarvoor zijn dat volgens de commissie onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de taken van de curator en over de vraag of de curator maatschappelijke belangen mag laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Cassatie in het belang der wet zou hier volgens de commissie uitkomst kunnen bieden.

Op grond van de hiervoor omschreven kerntaak van de curator achten wij het systematisch onjuist en overigens onwenselijk dat de curator in het geval er een surplus aanwezig is, toch bevoegd zou zijn een oorzakenonderzoek uit te voeren ten laste van de boedel. Met annotator Tekstra²⁶ zijn wij van mening dat in een dergelijk (zeldzaam) geval de curator er met spoed voor dient te zorgen dat de schuldeisers hun vordering volledig betaald krijgen en dat het faillissement eindigt (artikel 193 Fw). Onder deze omstandigheden past een onderzoek niet binnen de bevoegdheden die de curator op grond van de wet heeft. Het is niet in het belang van de schuldeisers dat zij op uitkering moeten wachten en dat zij het risico lopen dat hun uitkering uit het faillissement mogelijk vermindert door de kosten van het oorzakenonderzoek. Bovendien bestaat er voor de boedel geen reden tot nader onderzoek. De bestuurders kunnen immers niet door de curator worden aangesproken; er is geen tekort in de zin van artikel 2:138/2:248 BW noch is er sprake van benadeling van schuldeisers.

26. Tekstra in zijn noot bij Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, JOR 2017/278, § 4.

Ook als de 100%-uitkering aan de schuldeisers door het oorzakenonderzoek niet in gevaar komt, menen wij dat de curator niet bevoegd zou moeten zijn nader onderzoek te doen. Ook in dat geval dient de curator ervoor te zorgen dat de schuldeisers zo spoedig mogelijk het hunne krijgen en dat het faillissement wordt beëindigd (artikel 193 Fw). In het geval van een failliete vennootschap geldt dat de curator na voldoening van de schuldeisers het batig saldo dient over te dragen aan hen die daartoe krachtens de statuten gerechtigd zijn, of anders aan de leden of aandeelhouders (artikel 173 Fw jo. artikel 2:19 lid 1 sub c BW jo. artikel 2:23 b lid 1 BW). Iets anders mag de curator naar onze mening met dit batig saldo niet doen, ook geen Oorzakenonderzoek financieren. Dit is niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en de gerechtigden tot het saldo. Is een onderzoek nodig vanwege fraudebestrijding of andere maatschappelijke belangen dan zou de curator de zaak over moeten dragen aan het OM/FIOD of een door de overheid of ander publiek orgaan (op ad-hocbasis) in te stellen onderzoekscommissie. Zij moeten dan de afweging maken of ze het de moeite en de kosten waard vinden om onderzoek uit te voeren.

3. Uitvoering Oorzakenonderzoek

In 2008 heeft Schimmelpenninck een voorzet gedaan voor de totstandkoming van een protocol voor het doen van oorzakenonderzoek in complexe faillissementen (het zogenaamde Protocol Oorzakenonderzoek voor Complexe Faillissementen).²⁷ Dit protocol gaat ervan uit dat de curator bij een oorzakenonderzoek in elk geval drie fases doorloopt:

1. vaststelling van relevante feiten en omstandigheden in de periode voorafgaand aan het faillissement;
2. beoordeling van de verschillende oorzaken van het faillissement en hun onderlinge gewicht;
3. beoordeling van ieders bijdrage aan het ontstaan van het faillissement, van de grondslag voor aansprakelijkheid, de kans van slagen van een procedure en de mogelijkheden van verhaal.

Dat een curator bij de uitvoering van een Oorzakenonderzoek de hierboven genoemde fases moet doorlopen, lijkt vanzelfsprekend. Wij menen echter dat het zwaartepunt van het Oorzakenonderzoek dient te liggen bij het feitenonderzoek (fase 1). Pas als dat volledig is afgerond, dienen conclusies te worden getrokken. Bij voorkeur zouden deze conclusies ook niet opgeschreven moeten worden in het oorzakenrapport. Dit lijkt een semantische discussie; wat

27. R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20.

maakt het immers uit of je conclusies opschrijft in het oorzakenrapport of separaat? Een strikt onderscheid tussen het feitenonderzoek en de juridische kwalificatie daarvan, zou het in onze visie echter eenvoudiger kunnen maken om tot (gedeeltelijke) publicatie van het Oorzakenonderzoek over te kunnen gaan (zie verder § 4). Wij realiseren ons dat het niet eenvoudig is om kleurloos feiten te selecteren en presenteren. De curator zal er echter naar moeten streven om de feiten zo objectief mogelijk, chronologisch en met een neutrale woordkeus te presenteren.

De wetgever heeft de curator verschillende ruime bevoegdheden gegeven om dit feitenonderzoek, onder toezicht van de rechter-commissaris, uit te kunnen voeren. Wij noemen er een aantal:

Bewaren boedel: Op grond van artikel 92 Fw zorgt de curator onmiddellijk voor de bewaring van de boedel. Daartoe neemt hij onder meer de bescheiden en andere gegevensdragers onder zich. De bevoegdheid van artikel 92 Fw strekt zich in beginsel slechts uit over aan de failliet in eigendom toebehorende bescheiden en andere gegevensdragers. Zakelijke bestanden van failliet op een computer van een derde vallen onder de bevoegdheid van de curator, maar de computer of laptop en dergelijke van deze derde niet.²⁸

Binnentreden: Op grond van artikel 93a Fw heeft de curator toegang tot elke plaats, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is en voor zover het doel van het binnentreden dit redelijkerwijs vereist.²⁹ De curator kan zich daarbij door anderen doen vergezellen (onder voorwaarden van artikel 8 lid 2 Awbi). Dit kan bijvoorbeeld zijn een taxateur, een belastingdeurwaarder (voor het leggen van bodembeslag), of een slotenmaker.³⁰ De curator kan door middel van deze bevoegdheid – eventueel met behulp van een forensische accountant – digitale bestanden betreffende het faillissement veiligstellen.³¹ In dat verband oordeelde bijvoorbeeld de Rechtbank Breda³² dat het uit de taak van de curator voortvloeit dat de curator mag binnentreden bij een derde om informatie die tot de administratie behoort veilig te stellen. Voorwaarde

28. W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13 onder verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch, *LJN* B03226, r.o. 4.4.2.

29. J.L. Snijders, *SDU Commentaar Insolventierecht*, Den Haag: SDU Uitgevers B.V. 2015, artikel 93a Fw.

30. B. Wessels, *Insolventierecht IV*, 4^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2015, § 4362 onder verwijzing naar Hof Arnhem 20 maart 2012, *ECLI:NL:GHARN:2012:BW0215*.

31. W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13.

32. Rechtbank Breda 31 juli 2008, *ECLI:NL:RBRE:2008:BD9054*, *JOR* 2008/254. Het vonnis is vernietigd door Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *ECLI:NL:GHSHE:2010:BO3226*, *JOR* 2012/54, maar de kwestie van artikel 93a Fw was daar niet aan de orde.

daarvoor is dat er voldoende aanwijzingen zijn dat deze informatie zich bij de derde bevindt en dat het nodig is voor de uitoefening van zijn taak.

Getuigenverhoor, onderzoek deskundigen: Artikel 66 Fw geeft de rechter-commissaris een ruime bevoegdheid om (op eigen initiatief of op verzoek daartoe) getuigen te horen of deskundigen te bevelen ter opheldering van alle omstandigheden die het faillissement betreffen. Een faillissementsverhoor ex. artikel 66 Fw verhoor is met minder waarborgen omkleed dan een voorlopig getuigenverhoor ex. artikel 186 e.v. Rv. De rechter-commissaris heeft een ruime bevoegdheid tot het horen van getuigen, zolang hij dit voor een goede taakuitoefening door zichzelf of de curator nodig acht. Dit is anders bij een voorlopig getuigenverhoor. Zo worden aan de opening daarvan strengere eisen gesteld.³³ Het verzoekschrift dient de aard en het beloop van de vordering te vermelden, alsmede de feiten of rechten die met het verhoor bewezen dienen te worden.³⁴ Daarmee dient het voor de rechter en partijen voldoende duidelijk te zijn op welke feitelijke gebeurtenissen het verhoor betrekking zal hebben.³⁵ Daarnaast zijn op het voorlopige getuigenverhoor de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing, terwijl op het verhoor door de rechter-commissaris alleen artikel 171 tot en met 175 Rv van toepassing zijn verklaard.³⁶ Dit heeft tot gevolg dat – in tegenstelling tot een voorlopig getuigenverhoor – de rechter-commissaris bij de oproeping voor het verhoor niet gebonden is aan bepaalde termijnen, het faillissementsverhoor achter gesloten deuren plaatsvindt en geen regel voorschrijft dat van het verhoor een proces-verbaal wordt opgemaakt.

Inlichtingenplicht: Op grond van artikel 105 Fw is de gefailleerde verplicht de curator alle inlichtingen te verschaffen indien hij daartoe wordt opgeroepen.³⁷ Bij faillissement van een rechtspersoon is artikel 105 Fw ook van toepassing op bestuurders en commissarissen alsmede op eenieder die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder of commissaris was (artikel 106 Fw). Onder de inlichtingenplicht wordt ook het overleggen van de

33. Zie ook: P.J. Neijt, 'Het doel heiligt het verhoor', in: Ph. W. Schreurs e.a. (red.), *De gereedschapskist van de curator, INSOLAD Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

34. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, *JBPR* 2015/20.

35. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3250, *JBPR* 2015/20.

36. Artikel 66 lid 3 Fw.

37. Bij een faillissement van een persoon die in gemeenschap van goederen is gehuwd of in gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan, rust de verplichting om inlichtingen te geven op ieder van de echtgenoten onderscheidenlijk van de geregistreerde partners voor zover het faillissement de gemeenschap betreft (artikel 105 lid 3 Fw).

boekhouding geschaard.³⁸ Hieronder valt dus ook de plicht om relevante gegevensdragers en middelen om deze leesbaar te maken (zoals inlogcodes) aan de curator over te dragen.³⁹ Bovendien is de gefailleerde verplicht de curator uit eigen beweging in te lichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn.⁴⁰ De gefailleerde kan zich niet aan zijn inlichtingenplicht onttrekken met een beroep op zijn zwijgrecht ex artikel 29 Sv.⁴¹

Faillissementsgijzeling: Indien de gefailleerde niet de op hem rustende wettelijke verplichtingen in verband met het faillissement nakomt, of indien er sprake is van gegronde vrees voor het niet nakomen van zodanige verplichtingen, dan kan deze op grond van artikel 87 Fw op verzoek van de curator bij vonnis van de rechtbank in verzekerde bewaring worden gesteld. Ook hier geldt dat dit artikel in geval van faillissement van een rechtspersoon ook van toepassing is op bestuurders en commissarissen van die rechtspersoon (artikel 106 Fw).

Enquêteprocedure: Op grond van artikel 2:346 lid 3 BW is de curator bevoegd te verzoeken om het instellen van een onderzoek bij de rechtspersoon in wiens faillissement hij is aangesteld als curator. Dit kan een meerwaarde hebben in complexe faillissementen en in faillissementen waarin de curator er na zijn eigen onderzoek aan twijfelt of er voldoende grond is voor de aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen.⁴²

Informatie fiscus: De fiscus is een belangrijke informatiebron van de curator. De curator kan van de fiscus alle informatie verkrijgen die de fiscus van de failliet heeft ontvangen. Daarnaast kan de curator informatie verzoeken in het kader van een onderzoek naar aansprakelijkheid van bestuurders of commissarissen van failliet. Dit kan verhaalsinformatie betreffen, maar ook informatie over de woon- of verblijfplaats of gegevens van belang voor het vaststellen van de kwaliteit van feitelijk beleidsbepalen of van onbehoorlijk bestuur.⁴³ Gegevensverstrekking aan de curator blijft achterwege voor zover met die verstrekking geen fiscaal belang is gediend.⁴⁴

38. Vgl. artikel 92 Fw.

39. W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13.

40. Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1310, *JOR* 2014/250 en Hof Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2900, *JOR* 2014/249.

41. Hof Arnhem 3 februari 1987, ECLI:NL:GHARN:1987:AB8292, *NJ* 1988/269 en HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2596, *NJ* 1999/561.

42. F. Veenstra, 'Ineens was er ... de enquêtebevoegdheid van de curator', *Ondernemingsrecht* 2013/108.

43. W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13.

44. Artikel 36.3 Leidraad Invorderingswet 2008.

Genoemde bevoegdheden geven de curator ruime mogelijkheden om informatie te vergaren in het kader van zijn Oorzakenonderzoek. De rechtvaardiging daarvoor is dat de curator op grond van de wet belast is met het beheer en de vereffening van het vermogen van de failliet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Om die taak op een goede en efficiënte wijze uit te kunnen voeren, dient de curator gebruik te kunnen maken van deze bevoegdheden. Daarin zit ook gelijk de beperking. De bevoegdheden worden beperkt door het doel waarvoor ze aan de curator zijn gegeven: opheldering van alle omstandigheden het faillissement betreffende in het kader van zijn taak tot beheer en vereffening van de boedel in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁴⁵ Voor andere doeleinden mogen de bevoegdheden niet worden gebruikt.⁴⁶ Vanwege het ruime karakter van de bevoegdheden kan bij de inzetting daarvan bovendien des te meer van de curator worden gevergd dat hij aandacht heeft voor de in de INSOLAD praktijkregels geformuleerde grondbeginselen, waaronder zijn onafhankelijkheid, integriteit, objectiviteit, vakkundigheid en zorgvuldigheid.⁴⁷ Bovendien dient de curator de beginselen van een behoorlijk onderzoek in acht te nemen, zoals het toepassen van hoor en wederhoor.⁴⁸ De curator moet waken voor (de schijn van) vooringenomenheid, tunnelvisie en belangenverstrengeling.⁴⁹ In dit licht kan het doelmatig en zorgvuldig zijn (een deel van) het onderzoek uit te besteden aan daartoe gespecialiseerde, onafhankelijke derden.⁵⁰ Zeker daar waar de curator zichzelf niet voldoende capabel acht om (een deel van) het Oorzakenonderzoek uit te voeren, moet hij daarvoor een gespecialiseerde, onafhankelijke derde inschakelen.⁵¹

Het inschakelen van een derde neemt overigens niet de verantwoordelijkheid voor een gedegen Oorzakenonderzoek weg bij de curator. Ook als een derde in opdracht van de curator onderzoek uitvoert, moet dat gedaan worden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, ter opheldering van alle omstandig-

45. Vgl.: Hof Arnhem 3 februari 1987, ECLI:NL:GHARN:1987:AB8292, *NJ* 1988/269; HR 20 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2596, *NJ* 1999/561 en Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5770, *JOR* 2013/192, r.o. 3.6.

46. Vgl.: HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:299, *JOR* 2017/115.

47. Artikel 1.1 INSOLAD Praktijkregels.

48. Artikel 5.2 INSOLAD Praktijkregels. Vgl.: R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquête-procedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 369 e.v.

49. S.H. de Ranitz, 'Perverse prikkels, curatoren en de goede procesorde', *TvI* 2008/42 en M.L.S. Kalff, 'De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk', in: M.L.S. Kalff e.a. (red.), *De Integere Curator*, INSOLAD jaarboek 2007.

50. Zie ook: J.B.A. Jansen in zijn noot bij Rechtbank Oost-Brabant 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5916, *JOR* 2017/23.

51. C. Perquin-Deelen, 'De openbaarheid van het faillissementsverslag: discutabel of niet?', *Ondernemingsrecht* 2018/99.

heden het faillissement betreffende, met inachtneming van de beginselen van behoorlijk onderzoek en op een zodanige wijze dat de curator hierover een behoorlijke verslaglegging aan de schuldeisers kan doen (zie § 4). Dit laatste brengt wat ons betreft met zich mee dat een curator geen afspraken omtrent geheimhouding of beperking van publicatiemogelijkheden kan maken die tot gevolg hebben dat hij niet kan publiceren wat hij had moeten publiceren als hij het Oorzakenonderzoek zelf had gedaan. De opdracht aan bijvoorbeeld een accountant dient dan ook zodanig te worden ingestoken dat de curator de bevindingen van de accountant tot zijn eigen kan maken (zonder zelf gebonden te zijn aan de op het accountantsonderzoek van toepassing zijnde beperkingen).

Een interessante vervolgvraag is in hoeverre een curator bij de uitvoering van het Oorzakenonderzoek mag samenwerken met partijen die belang hebben bij de uitkomst van het Oorzakenonderzoek. Zo werkten de curatoren in het faillissement van Macintosh,⁵² Landis⁵³ en Imtech⁵⁴ samen met de VEB. Wij kennen niet de details van de afspraken die zijn gemaakt tussen de betreffende curatoren en de VEB. Uit publicaties van de VEB leiden wij af dat de samenwerkingsafspraken er met name op zien dat de curatoren informatie, waaronder de uitkomsten uit het Oorzakenonderzoek, verschaffen aan de VEB en dat partijen de opbrengst uit mogelijke aansprakelijkheidsprocedures zullen delen. Ter illustratie verwijzen wij naar het zesde faillissementsverslag van Macintosh waarin de kern van de samenwerking en het belang van de boedel als volgt wordt weergegeven:⁵⁵

“Kern van de samenwerkingsovereenkomst met de VEB is dat:

- door de VEB aan curatoren kosteloos ondersteuning wordt verleend door input/advies te geven op door curatoren gevraagde onderdelen van het oorzakenonderzoek;*
- aan de VEB onder geheimhouding inzage wordt gegeven in het door curatoren op te stellen (concept) rapport van het oorzakenonderzoek;*
- er in voorkomende gevallen een bundeling van aanspraken plaats vindt.*

Het belang van de boedel bij deze samenwerking met de VEB is dat aldus onderzoeken en conclusies worden gebundeld en dat er geen afzonderlijke

52. VEB, ‘VEB ondersteunt curatoren bij onderzoek naar faillissement Macintosh’, *VEB.net*, 29 januari 2018.

53. VEB, ‘VEB en Landis-curatoren bundelen krachten’, *VEB.net*, 17 januari 2008.

54. VEB, ‘VEB en Imtech-curatoren doen samen onderzoek naar faillissement Imtech’ *VEB.net*, 9 december 2015.

55. Geconsolideerd Faillissementsverslag Macintosh Retail Group NV, verslag nummer 6, verslagdatum 19 juli 2018, te raadplegen via: *insolventie.rechtspraak.nl*.

onderzoeken hoeven plaats te vinden. Meer bepaald wordt aldus een door de VEB eventueel te entameren enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer vermeden. Daarnaast geeft een bundeling van eventuele aanspraken meer duidelijkheid en zekerheid aan eventueel aansprakelijk te stellen partijen, in die zin dat in voorkomend geval geen afzonderlijke procedure door de VEB jegens betrokkenen aanhangig zal worden gemaakt. Voor het overige zijn curatoren en de VEB geheimhouding overeengekomen met betrekking tot deze samenwerkingsovereenkomst.”

In kortere maar vergelijkbare bewoordingen wordt in het tweede faillissementsverslag in Imtech het volgende opgemerkt over de samenwerking met de VEB:⁵⁶

“Het overleg met de VEB heeft geresulteerd in een met goedkeuring van de rechters-commissarissen getekende samenwerkingsovereenkomst met betrekking tot het doen van onderzoek en het te zijner tijd eventueel gezamenlijk voeren van procedures. VEB draagt EUR 200.000 bij aan de kosten voor opslag van data door de boedel. Door deze samenwerking is een kostbare procedure bij de Ondernemingskamer en een mogelijk extra kostbaar onderzoek naar mogelijk wanbeleid en de gang van zaken bij Imtech (in de praktijk veelal voor rekening van de boedel) voorkomen.”

De gedachte achter de samenwerking met de VEB lijkt te zijn dat daardoor voor de boedel een kostbare enquêteprocedure en een mogelijk kostbaar onderzoek naar wanbeleid worden voorkomen. Dit is een redenering waarbij je vraagtekens kan zetten. De Hoge Raad heeft immers reeds in 2005 geoordeeld dat de kosten van een enquête op verzoek van aandeelhouders naar een failliet verklaarde rechtspersoon niet zonder meer een boedelschuld opleveren.⁵⁷ Een curator kan daar in voorkomend geval wel voor kiezen. Zo overwoog de Hoge Raad dat de curator van een failliet verklaarde rechtspersoon, onder toezicht van de rechter-commissaris, kan beslissen in hoeverre hij in het kader van de hem in artikel 68 Fw opgedragen taak middelen uit de boedel wil gebruiken om daarmee de kosten van het onderzoek te bestrijden.⁵⁸ Indien de

56. Faillissementsverslag Royal Imtech N.V., verslag nummer 2, verslagdatum 9 december 2015, p. 5, te raadplegen via: insolventie.rechtspraak.nl.

57. HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6025, NJ 2005/382 (*Decidewise*) en HR 9 december 2005, NJ 2006/174 (*Landis*). Zie ook: R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 195 e.v.

58. Volgens de Hoge Raad verdient hierbij opmerking dat de belangen die een faillissementscurator behoort te behartigen niet noodzakelijkerwijs samenvallen met de belangen van diegenen die bevoegd zijn een verzoek als bedoeld in artikel 2:345 BW te doen.

curator daartoe niet bereid is, kan de aanvrager van het onderzoek, teneinde de uitvoering daarvan niet in gevaar te brengen, ervoor kiezen die kosten voor eigen rekening te nemen.

Het besparen van de kosten voor een enquête(procedure) op zichzelf levert de boedel dan ook geen voordeel op; deze kosten zouden sowieso niet ten laste van de boedel komen. Het kan echter in het belang van de boedel zijn om extra kosten te maken omdat de samenwerking met de VEB ertoe zal leiden dat er een nog grotere opbrengst wordt gerealiseerd. Ook indien de samenwerking met de VEB wel tot een kostenbesparing leidt (bijvoorbeeld omdat de VEB bijdraagt in de onderzoekskosten van de boedel) is dat op zichzelf nog niet voldoende. Dit is immers alleen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers als de kostenbesparing opweegt tegen het verlies aan verhaal dat zij lijden doordat zij de achterban van de VEB als schuldeiser van een aansprakelijke partij naast zich moeten dulden.⁵⁹ Deze afweging zal voor de curator niet altijd eenvoudig te maken zijn. Bovendien is het de vraag of het wel past binnen de taak van de curator om een Oorzakenonderzoek te verrichten (mede) in het belang van specifieke andere partijen dan de gezamenlijke schuldeisers. Treedt de curator hiermee niet buiten zijn bevoegdheden? En wat is de invloed van de samenwerking met de VEB op de onafhankelijkheid van de curator? Welke ruimte heeft de curator om bij botsende belangen van enerzijds de gezamenlijke schuldeisers en anderzijds de VEB de samenwerking te beëindigen?

Uit de publicaties van de VEB blijkt dat onderdeel van de samenwerkingsverbanden met curatoren is dat de curatoren alle informatie waarover zij beschikken, met uitzondering van bepaalde zaken die onder het beroepsgeheim van curatoren vallen, aan de VEB ter beschikking stellen. Daarbij gaat het om bijvoorbeeld (concept) rapporten van het Oorzakenonderzoek, rapporten die door accountants in opdracht van de curator zijn opgesteld en (concept) processtukken. Als deze informatie aan de VEB ter beschikking wordt gesteld, bestaat er in onze optiek geen enkele rechtvaardiging voor het niet delen van deze informatie met andere individuele schuldeisers van de failliet. Ook andere individuele schuldeisers kunnen, bijvoorbeeld ter onderbouwing van een Beklamel-claim, belang hebben bij deze informatie, die bovendien is verkregen door onderzoek medegefinancierd door henzelf (de gezamenlijke schuldeisers). In het vervolg van deze bijdrage zullen wij ons beperken tot de vraag of en zo ja wat de curator uit het Oorzakenonderzoek dient te publiceren en waarop de

59. Dit is alleen het geval als de achterban van de VEB bestaat uit partijen met vorderingen die niet meedoen in het faillissement, zoals bijvoorbeeld de aandeelhouders van een failliete vennootschap.

gezamenlijke schuldeisers recht hebben. De beperkingen die wij daarin noemen, achten wij echter niet van toepassing in het geval curatoren derden, zoals de VEB, uitgebreider informeren. In dergelijke gevallen menen wij dat de gezamenlijke schuldeisers tenminste dezelfde informatie dienen te ontvangen als de VEB.

4. Publicatie bevindingen Oorzakenonderzoek

Een andere vraag die in de praktijk speelt is of en in hoeverre een curator zijn bevindingen uit zijn Oorzakenonderzoek dient te publiceren.⁶⁰ Volgens het Protocol Oorzakenonderzoek voor Complexe Faillissementen is publicatie wenselijk. Volgens dat protocol dienen zowel de bevindingen uit fase 1 (het feitenrelaas) als de bevindingen uit fase 2 (beoordeling en weging van de oorzaken van het faillissement) te worden gepubliceerd. Dit geldt volgens het protocol niet voor de bevindingen uit fase 3 (beoordeling aansprakelijkheid en opportuniteit). Een expliciete wettelijke verplichting voor de curator om het Oorzakenonderzoek te publiceren bestaat er niet.⁶¹

Op grond van artikel 73a Fw is de curator ‘slechts’ verplicht iedere drie maanden een verslag uit te brengen over de toestand van de boedel. Deze verslagen hoeven geen volledige verantwoording te geven, een globaal inzicht in de ontwikkeling en de stand van de boedel is voldoende.⁶² Volgens de INSOLAD Praktijkregels dient uit het verslag de stand van de boedel zonder nader onderzoek kenbaar te zijn voor een belanghebbende die niet over een bijzondere deskundigheid op het gebied van financiële verslaglegging en/of het faillissementsrecht beschikt. Daarbij dient de curator volgens de INSOLAD Praktijkregels te streven naar een transparante afwikkeling van het faillissement, waarbij hij zoveel mogelijk transparantie jegens de gefailleerde of diens bestuur, crediteuren en aandeelhouders betracht. Deze openheid wordt begrensd door (i) belemmeringen rechtens, (ii) het belang dat gemoeid is met een goede afwikkeling van het faillissement, en (iii) privacy belangen.⁶³ De INSOLAD Praktijkregels⁶⁴ schrijven voorts voor dat de curator van een rechtspersoon zich in het algemeen onthoudt van uitspraken in het openbaar

60. Zie bijvoorbeeld: C. Perquin-Deelen, ‘De openbaarheid van het faillissementsverslag: discussabel of niet?’, *Ondernemingsrecht* 2018/99; Rechtbank Oost-Brabant, 25 oktober 2016, *JOR* 2017/23 en Rechtbank Amsterdam, 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4491, *JOR* 2013/286.

61. Zie ook: R. Mulder, ‘De curator in spagaat’, in: M.L.S. Kalff e.a. (red.), *De Integere Curator*, INSOLAD jaarboek 2007.

62. HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, *JOR* 2005/104, (*Jomed I*).

63. Artikel 8.1 en toelichting INSOLAD Praktijkregels.

64. Artikel 5.3. INSOLAD Praktijkregels.

over de vraag of er al dan niet sprake is van aansprakelijkheid van (ex-bestuurders) en/of (ex-commissarissen) totdat hij zijn onderzoek naar die aansprakelijkheid heeft afgerond.

In de rechtspraak wordt bij de vraag wat de curator wel en niet mag publiceren een belangenafweging gemaakt tussen enerzijds het belang van de betrokkene om niet blootgesteld te worden aan lichtvaardige verdachtmakingen en anderzijds het belang van de curator – die optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers – om op dat moment het publiek volledig te informeren.⁶⁵ In die afweging spelen in ieder geval de volgende factoren een rol. Enerzijds de aard van de te publiceren uitlatingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie de uitlatingen betrekking hebben en anderzijds de mate waarin de uitlatingen in de publicatie steun vindt in het beschikbare feitenmateriaal, de zorgvuldigheid van het aan de publicatie ten grondslag liggende onderzoek, de ernst (bezien vanuit het algemeen belang) van de misstand welke de publicatie aan de kaak beoogt te stellen en de context waarin de uitlatingen worden gedaan.⁶⁶ Daarbij dienen de uitlatingen, helder, leesbaar en volledig te zijn⁶⁷ en dient voor lezers duidelijk te zijn dat de uitlatingen de visie van de curator betreffen.⁶⁸ Uiteraard dienen ook eventuele geheimhoudingsplichten en privacy belangen in acht genomen te worden.

Wij achten het in het belang van de gezamenlijke schuldeisers – en dus tot de taak van de curator behorend – dat de curator zijn feitelijke bevindingen uit het Oorzakenonderzoek publiceert door opname in of als bijlage bij het volgende openbare faillissementsverslag (vergelijkbaar met het rapport over fase 1 uit het Protocol Oorzakenonderzoek voor Complexe Faillissementen).⁶⁹ Een dergelijke publicatie van feiten is in lijn met de wettelijke informatieverplichting van de curator op grond van artikel 73a Fw en de INSOLAD praktijkregels. Het Oorzakenonderzoek is bovendien uitgevoerd om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te dienen en om hen te informeren over de relevante feiten en omstandigheden voorafgaand aan het faillissement. Zolang het te publiceren rapport beperkt blijft tot de door de curator geïdentificeerde feiten en geen

65. Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Amsterdam, 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4491, *JOR* 2013/286 en Hof 's-Hertogenbosch, 15 december 1997, *JOR* 1998/50.

66. Hof 's-Hertogenbosch, 15 december 1997, *JOR* 1998/50 en Rechtbank Utrecht, 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, r.o. 9.25 en 9.26 *JOR* 2008/10, Hof 's-Hertogenbosch, 15 december 1997, *JOR* 1998/50. Vgl. ook: HR 24 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD2221, *NJ* 1984/801 en HR 6 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1602, *NJ* 1995/422.

67. Rechtbank Oost-Brabant, 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5916, *JOR* 2017/23.

68. Rechtbank Amsterdam, 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4491, *JOR* 2013/286.

69. Anders: J.B.A. Jansen in zijn noot bij Rechtbank Oost-Brabant 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5916, *JOR* 2017/23.

juridische kwalificaties en/of oordelen over aansprakelijkheden bevat, komt de publicatie naar onze mening dan ook niet snel in strijd met de belangen van andere betrokkenen.

Anders dan dat sommigen uit het Protocol Oorzakenonderzoek voor Complexe Faillissementen afleiden, zijn wij van mening dat de curator niet zijn juridische conclusies en oordelen gebaseerd op zijn feitelijke bevindingen, dient te publiceren. De curator kan in het openbaar verslag wel opnemen dat hij op basis van zijn feitelijke bevindingen overweegt een bestuurder aansprakelijk te houden en dat hij hierover discussie dan wel een procedure voert met de bestuurder. Meer zou de curator hier niet over los moeten laten. Het is uiteindelijk aan de rechter om over de aansprakelijkheid te oordelen. Het is niet aan de curator hierop in het openbaar een voorschot op te nemen. Het (privacy) belang van de betrokken bestuurder zal hier wat ons betreft in de meeste gevallen zwaarder wegen dan het belang van de gezamenlijke crediteuren om kennis te nemen van de juridische kwalificaties en oordelen van de curator.

Schuldeisers kunnen naar onze mening een publicatie van feitelijke bevindingen uit het Oorzakenonderzoek afdwingen met een verzoek ex artikel 69 Fw omdat zij dat per definitie nodig zullen hebben om zich een behoorlijk beeld te vormen van het beheer van de boedel.⁷⁰

Een individuele schuldeiser kan bovendien gebruik maken van de exhibitieplicht (artikel 843a Rv).⁷¹ In *Schmitz q.q./Aerts Europe*⁷² heeft de Hoge Raad opgemerkt dat indien een schuldeiser van de failliet informatie uit diens boekhouding wenst te verkrijgen met het oog op een mogelijkerwijs door hem in te stellen vordering tegen een derde, hij daartoe de weg kan bewandelen van een op de voet van artikel 843a Rv aanhangig te maken vordering tegen de curator. In het verlengde daarvan ligt het wat ons betreft zeer voor de hand dat een schuldeiser op grond van artikel 843a Rv ook de feitelijke bevindingen uit het Oorzakenonderzoek kan opvragen bij de curator ter bepaling van zijn rechtspositie.

70. HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, *JOR* 2005/104 (*Jomed I*).

71. Zie ook: R. Mulder, 'De curator in spagaat', in: M.L.S. Kalff e.a. (red.), *De Integere Curator*, INSOLAD jaarboek 2007.

72. HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:612, *NJ* 2016/ 221 (*Schmitz q.q./Aerts Europa*), r.o. 3.6.

Slot

In deze bijdrage hebben wij het Oorzakenonderzoek geplaatst in het licht van het doel en de functie van het faillissement en de daarbij behorende rol van de curator. Terugkerende aspecten daarbij zijn de kerntaak van de curator die hij in het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient uit te oefenen, de onafhankelijke positie die de curator daarbij in dient te nemen, de nadruk op het feitenonderzoek en de gewenste transparantie bij de afwikkeling van het faillissement.

Wij hebben niet getracht een praktische handleiding voor curatoren te schrijven, maar om meer duidelijkheid te scheppen omtrent het kader (grenzen en bevoegdheden) waarbinnen de curator het Oorzakenonderzoek doet. Wij hopen dat wij hiermee bijdragen aan een bredere discussie over dit onderwerp. Wat ons betreft zou deze discussie moeten leiden tot een duidelijke afbakening van de taak van de curator in het kader van het Oorzakenonderzoek. Dit enerzijds om ervoor te zorgen dat alle bij een faillissement betrokken partijen weten wat zij in dat verband van een curator kunnen en mogen verwachten. Anderzijds om helderheid te creëren over de vraag waar bepaalde verantwoordelijkheden liggen in de verhouding curator, OM/FIOD of een door de overheid of ander publiek orgaan (op ad-hocbasis) in te stellen onderzoekscommissie. Aan de hand hiervan zal inzichtelijk worden welke maatregelen nodig zijn om te voldoen aan financierings- en capaciteitsbehoefte om gedegen oorzakenonderzoek te kunnen doen.

Besturen in the twilight zone

Nieuwe eisen voor het bestuur door de conceptrychtlijn voor preventieve herstructureringsstelsels?

A. VAN DER SCHEE EN L. VAN DIEREN-MULLER¹

1. Inleiding

Op 22 november 2016 heeft de Europese Commissie een nieuwe richtlijn voorgesteld die impact zal hebben op de Nederlandse herstructureringspraktijk. Het gaat om de Richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels (Richtlijn 2012/30/EU).² De Richtlijn beoogt een harmonisatie van de materiële insolventieregelgeving van de lidstaten om vroegtijdige herstructureringen te stimuleren. Een van de overwegingen bij de introductie van deze Richtlijn is dat Europa een goed functionerende kapitaalmarkt nodig heeft. Een onderdeel van een dergelijk goed functionerende kapitaalmarkt is een goed functionerend herstructureringsregime waardoor bedrijven hun schulden snel en efficiënt kunnen saneren en een frisse start mogelijk wordt gemaakt.

In deze bijdrage richten wij ons op artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU. Hoofdstuk 5 van titel II Richtlijn 2012/30/EU, waarin artikel 18 staat, heeft als titel ‘De verplichtingen van bestuurders in het kader van onderhandelingen over een preventief herstructureringsplan’. Ook staat in de toelichting bij de Richtlijn dat artikel 18 bestuurders moet stimuleren om vroegtijdig te herstructureren als de onderneming (nog) levensvatbaar is.

Een interessante vraag is of het huidige stelsel van wet- en regelgeving in Nederland al voldoet aan de uitgangspunten en normen van de Richtlijn dan wel of de Nederlandse wet- en regelgeving nog aanpassing behoeft. In deze bijdrage nemen wij artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU onder de loep en analyseren wij de huidige verplichtingen die op bestuurders in Nederland rusten en de (nieuwe) verplichtingen waarmee zij in de toekomst mogelijk geconfronteerd zullen worden. De inhoud van

-
1. Alice van der Schee is advocaat en Rechtsanwältin en Linde van Dieren-Muller is advocaat, beiden zijn werkzaam bij Van Benthem & Keulen B.V.
 2. Directive of the European Parliament and of the council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU (2016/0359 (COD)), hierna te noemen: de ‘Richtlijn’ of Richtlijn 2012/30/EU.

artikel 18 Richtlijn lijkt enigszins gebaseerd te zijn op de Engelse bepalingen omtrent ‘wrongful trading’. Daarbij moeten bestuurders, vanaf het moment dat er geen realistisch vooruitzicht meer is op overleving van de onderneming,³ ook het belang van de overige stakeholders (naast de shareholders) dienen. Wij hebben daarom de Engelse (en Duitse) bepalingen ten aanzien van de op bestuurders rustende verplichtingen in het kader van de preventieve herstructureringskader kort beschreven. In de conclusie zullen wij de vraag beantwoorden of Nederlandse bestuurders in de toekomst te maken zullen krijgen met een nieuw toetsingskader voor hun handelen. Voor het geval dat een nieuw toetsingskader te verwachten is, onderzoeken wij ook kort of er wellicht in het Engelse (dan wel Duitse) rechtstelsel een voorbeeld voor een dergelijk nieuw toetsingskader te vinden is.

2. Artikel 18 van de Richtlijn

2.1 Totstandkoming van de Richtlijn

De eerste stappen voor het ontwikkelen van Richtlijn 2012/30/EU werden gezet in 2011. De Committee for Legal Affairs bracht toentertijd een rapport uit aan het Europees Parlement waarbij diverse knelpunten van de nationale insolventiewetgevingen werden aangekaart. Het Europees Parlement heeft de Europese Commissie naar aanleiding van dit rapport onder meer verzocht⁴ een voorstel uit te brengen voor een richtlijn, waarmee de (materiële) insolventiewetgevingen binnen Europa verbeterd en gedeeltelijk geharmoniseerd zouden kunnen worden. Vervolgens bracht de Europese Commissie in 2014 een aantal aanbevelingen uit aan de lidstaten.⁵ Die aanbevelingen strekten er onder meer toe de nationale insolventiewetgevingen zo in te richten dat bestuurders in een eerder stadium over zouden gaan tot het uitvoeren van een (effectieve) herstructurering.

Die aanbevelingen dienden als aanzet voor de uiteindelijke Richtlijn die op 22 november 2016 door de Europese Commissie is gepubliceerd. In het *Impact assessment report*⁶ lichtte de Europese Commissie de noodzaak van de voorgestelde Richtlijn verder toe en zette zij de doelstellingen van de Richtlijn uiteen.

3. Ook wel aangeduid met ‘the moment of truth’, zodra er ‘no reasonable prospect’ meer is.
4. European Parliament, Report with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law, 2011/2006(INI), 17 October 2011.
5. European Commission, Commission Recommendations on a new approach to business failure and insolvency, 2014/135/EU, 12 March 2014.
6. European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU (SWD(2016) 357 Final), 22 November 2016.

2.2 *Inhoud van Richtlijn 2012/30/EU*

De Richtlijn strekt ertoe de Europese lidstaten te bewegen tot het invoeren van wetgeving voor betrouwbare en inzichtelijke insolventieprocedures teneinde de effectiviteit en efficiëntie van die procedures te garanderen. De Richtlijn heeft enerzijds tot doel het voorkomen van onnodige faillissementen en anderzijds het beperken van de schade bij de crediteuren. Het invoeren van efficiënte insolventiewetgeving dient voorts om te voorkomen dat ondernemingen hun leningen niet meer kunnen afbetalen. Daardoor kan een vermindering worden bereikt van het risico dat leningen oninbaar worden bij een daling van de conjunctuur. Hierdoor kan dus de negatieve impact op de financiële sector van die oninbaarheid van leningen worden beperkt.⁷

De Europese Commissie onderscheidt drie verschillende situaties waarvoor de nationale insolventiewetgevingen adequaat zullen moeten zijn toegerust:

- ondernemingen die in financiële moeilijkheden verkeren, maar nog niet insolvent zijn (daar waar herstructureringsmogelijkheden het nuttigst zijn);
- ondernemingen die waarschijnlijk insolvent zullen worden dan wel reeds feitelijk insolvent zijn (daar waar het behoud van de verhaalsmogelijkheden voor de crediteuren het meest belangrijk is); en
- ondernemers, zijnde natuurlijke personen, die door kwijtschelding van een schuldenlast de mogelijkheid tot een schone lei of tweede kans kunnen krijgen.

De Richtlijn 2012/30/EU bestaat uit drie delen. Deel 1 ziet op preventieve herstructureringsstelsels (titel II), deel 2 ziet op het tweedekansbeleid voor ondernemers (titel III Richtlijn 2012/30/EU) en deel 3 betreft maatregelen om herstructurering, insolventie en tweedekansbeleid efficiënter te maken (titel IV Richtlijn 2012/30/EU). Artikel 18 is in titel II Richtlijn 2012/30/EU opgenomen.

2.3 *Verplichtingen van het bestuur op grond van de Richtlijn*

De Europese Commissie ziet een belangrijke rol weggelegd voor het bestuur bij het voorkomen van insolventieprocedures. De Europese Commissie overweegt dat aan bestuurders een adequate incentive geboden moet worden om op tijd actie te ondernemen ter voorkoming van een eventuele insolventie. Die overweging vindt brede steun bij de partijen die hun mening over Richtlijn

7. Zie ook de Toelichting bij de Richtlijn onder 1. Achtergrond van het voorstel, onder Herstructurering en insolventie, p. 3.

2012/30/EU hebben gegeven.⁸ De Europese Commissie benadrukt voorts dat bestuurders aangemoedigd zouden moeten worden om in het zicht van insolventie (deskundige) adviezen in te winnen.

De betrokken partijen waren geen voorstander van het invoeren van regelgeving die aanstuurt op het onder omstandigheden verplicht aanvragen van een faillissement.⁹ Het Duitse recht kent die verplichting wel indien er sprake is van een negatief eigen vermogen ('Überschuldung') dan wel indien een onderneming niet meer in staat is aan de lopende verplichtingen te voldoen ('Zahlungsunfähigkeit').

De betrokken partijen meenden dat er sprake zou moeten zijn van een flexibele 'safe harbour'. Dat wil zeggen dat bestuurders te goeder trouw een poging tot een herstructurering zouden moeten kunnen uitvoeren met het oog op continuïteit van de onderneming, zonder dat rechtshandelingen in dat verband achteraf vernietigd kunnen worden.¹⁰ Die mogelijkheid zou er echter niet toe mogen leiden dat bestuurders een (formele) insolventieprocedure trachten uit te stellen of dat zij niet aansprakelijk zouden kunnen zijn voor eerdere (frauduleuze) handelingen.

Veel lidstaten beschikken reeds over wetgeving en/of jurisprudentie waarin normen zijn opgenomen die kunnen worden toegepast op het handelen van bestuurders. Ook voor de periode waarin de vennootschap feitelijk niet meer in staat is haar verplichtingen na te komen en de onderneming wordt voortgezet in de wetenschap dat het faillissement onvermijdelijk is. Dergelijke wetgeving en/of jurisprudentie kan bestuurders ertoe bewegen tijdig actie te ondernemen. Op grond van de Richtlijn zou echter naar ons idee eerder actie moeten worden ondernomen, te weten vóórdat de vennootschap niet meer in staat is haar verplichtingen na te komen. Tijdens de consultatie hebben zowel de lidstaten alsmede de diverse betrokken partijen te kennen gegeven dit streven te ondersteunen. Echter, ook is gebleken dat de meeste lidstaten terughoudend (zullen) zijn met het invoeren van nieuwe/aanvullende verplichtingen voor het bestuur op grond van artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU (c.q. is men van mening

8. Idem, p. 140 e.v. De betreffende stakeholders waren onder andere UEAPME, EACTP, BusinessEurope en German Bar Association.

9. De stakeholders die zich hiertegen hebben verzet waren onder andere Barreau de Luxembourg, ILA, Unizo, Invest Europe.

10. Het gaat dan om transacties met niet-gelieerde partijen die nauw samenhangen met een door de crediteuren goedgekeurd reorganisatieplan. Insolventiedeskundigen plaatsten daarbij de kanttekening dat een harmonisatie van de definitie van vernietigingsacties en de daarmee samenhangende tijdsperiode waarover deze vernietiging kan plaatsvinden niet wenselijk is.

dat de nationale wetten daaraan reeds voldoen). Dit komt doordat eventuele aanvullingen op grond van artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU vaak eveneens gevolgen voor het vennootschapsrecht zouden hebben.

2.4 Artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU

De bovenstaande overwegingen hebben geleid tot de initiële redactie van artikel 18 van de voorgestelde Richtlijn. De tekst daarvan luidt als volgt:

“Artikel 18 Taken van bestuurders

De lidstaten stellen regels vast om ervoor te zorgen dat bestuurders, wanneer er kans op insolventie bestaat, de volgende verplichtingen hebben:

- (a) onmiddellijk maatregelen nemen om het verlies voor crediteuren, werknemers, aandeelhouders en andere belanghebbenden te beperken;*
- (b) terdege rekening houden met de belangen van crediteuren en andere belanghebbenden;*
- (c) redelijke stappen ondernemen om insolventie te vermijden;*
- (d) opzettelijke handelingen of grove nalatigheid vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen.”*

De inhoud van het artikel strekt blijkens de overwegingen van de Europese Commissie ertoe bestuurders voor te schrijven om tijdig maatregelen te nemen wanneer er een ‘kans op insolventie’ bestaat. Daarmee tracht het artikel niet alleen te bereiken dat bestuurders tijdig een herstructurering inzetten, maar ook is het de bedoeling om de schade van de stakeholders te beperken.

In de toelichting op Richtlijn 2012/30/EU wordt in overweging 36 nadere uitleg gegeven over de context van artikel 18. Allereerst moeten bestuurders volgens de Europese Commissie niet ontmoedigd worden om redelijke risico's te nemen om de continuïteit van een levensvatbare onderneming te waarborgen. Daarbij benadrukt de Europese Commissie het belang van het tijdig inwinnen van (deskundig) advies teneinde de waarde van het vermogen van de vennootschap te behouden en te voorkomen dat de activiteiten ten koste van de schuldeisers worden voortgezet. In overweging 36 Richtlijn staat daarover: *“Wanneer de onderneming financiële moeilijkheden kent, moeten de bestuurders de nodige stappen ondernemen, zoals het inroepen van professioneel advies, onder meer over herstructurering en insolventie, bijvoorbeeld door in voorkomend geval gebruik te maken van instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing; etc.”* Daarnaast stelt de Europese Commissie dat het belangrijk is om ervoor te

zorgen dat crediteuren worden beschermd tegen voor hen nadelige beslissingen van de bestuurders.

Opmerkelijk daarbij is dat in de Richtlijn geen definitie van het begrip ‘kans op insolventie’ wordt gegeven,¹¹ waardoor per lidstaat kan worden bepaald vanaf wanneer een bestuurder moet handelen conform artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU. Deskundigen meenden dat een harmonisatie van die definitie niet mogelijk was omdat dit ook gevolgen zou hebben voor diverse andere wetten van de lidstaten, waaronder het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht.¹² Volgens de Europese Commissie dienen de lidstaten daarom duidelijke voorwaarden te definiëren waaronder schuldenaren moeten overgaan tot herstructurering en derhalve toegang zullen verkrijgen tot de preventieve herstructureringsprocedures.

2.5 *Huidige status Richtlijn 2012/30/EU*

Nu de voorgestelde Richtlijn op bepaalde punten controversieel is, is er sinds de publicatie in 2016 veel over deze Richtlijn geschreven en gedebatteerd, niet alleen in Nederland maar in vrijwel alle lidstaten.¹³ Zo hebben de Nederlandse vertegenwoordigers¹⁴ bij de Europese Commissie onder andere voor een schrapping van artikel 18 gepleit.¹⁵ Het artikel zou te vage verplichtingen aan bestuurders opleggen zonder duidelijkheid te geven over de consequenties van de schending ervan. Voorts zou een procedure tot aan het Europees Hof inzake bestuurdersaansprakelijkheidskwesties te veel tijd in beslag nemen en zou dit voor verdere rechtsonzekerheid zorgen.

Binnen de Europese gremia hebben veelvuldig debatten plaatsgevonden over de inhoud van de Richtlijn. Een aantal partijen, waaronder het Europees Economisch en Sociaal Comité en de Europese Centrale Bank, heeft advies uitgebracht aan de Europese Commissie over de inhoud van de Richtlijn. In het advies van de Commissie Economische en Monetaire Zaken van 7 december 2017 staat een voorstel voor een amendement op artikel 18. Aldaar wordt voorgesteld om artikel 18 lid 1 onder b als volgt aan te vullen:¹⁶

11. Ook is er geen eenduidige definitie van het begrip ‘insolventie’ omdat ook de betekening daarvan niet in iedere lidstaat hetzelfde is.

12. Zie ook: de toelichting bij de Richtlijn, onder 1 Achtergrond van het voorstel, onder ‘Doel van het voorstel’.

13. Council of the European Union, Partial General Approach, 9236/18, 24 May 2018.

14. Werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen.

15. Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 24 januari 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 22112, 2292.

16. Amendement onderstreept.

“(b) terdege rekening houden met de belangen van crediteuren en andere belanghebbenden, ook voor wat betreft de werkgelegenheid.”

Het Europese Parlement heeft eveneens zijn licht over dit voorstel laten schijnen. Uit het rapport van 21 augustus 2018 blijkt dat het Europese Parlement voorstelt om artikel 18 op belangrijke punten te amenderen. In het voorstel van het Europees parlement staat:¹⁷

“Artikel 18 Taken en verplichtingen¹⁸ van bestuurders

- 1. De lidstaten stellen regels vast om ervoor te zorgen dat bestuurders en ondernemers, wanneer er kans op insolventie bestaat, de volgende verplichtingen hebben:*
 - (a) onmiddellijk maatregelen nemen om het verlies voor crediteuren, werknemers, aandeelhouders en andere belanghebbenden te beperken;*
 - (b) terdege rekening houden met de belangen van crediteuren, werknemers en andere belanghebbenden;*
 - (b bis) voldoen aan hun verplichtingen jegens crediteuren, werknemers, andere belanghebbenden, de staat en zijn organen;*
 - (c) redelijke stappen ondernemen om insolventie te vermijden;*
 - (d) opzettelijke handelingen of grove nalatigheid vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen;*
 - (d bis) niet opzettelijk de waarde van het netto-actief van de onderneming doen dalen.*
- 2. Niet-nakoming van de in lid 1 bedoelde verplichtingen weegt mee bij de bepaling van de kwijtingstermijn en -voorwaarden overeenkomstig artikel 22.”*

Het is duidelijk dat artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU – en het voorgestelde amendement van het Europese Parlement – nog niet definitief is vastgesteld. Over het gehele ontwerp is nog geen overeenstemming bereikt. Wel heeft op 1 oktober 2018 de voorzitter van de Europese Raad (Oostenrijk) een compromisvoorstel voor de integrale Richtlijn gepubliceerd.¹⁹ De titel van hoofdstuk 5, waarin enkel artikel 18 is opgenomen, is in het voorstel gewijzigd, te weten ‘verplichtingen van het bestuur bij een kans op insolventie’. Maar de Raad heeft er voorts voor gekozen om artikel 18 Richtlijn geheel te schrappen. Het is waarschijnlijk dat dit voorstel door de Europese Raad van Ministers zal worden

17. Amendementen onderstreept.

18. Wij wijzen voorts op de subtiele verschillen bij de vertaling van de Richtlijn, ook bij deze amendementen. Het gebruik van de woorden ‘duties’ en ‘obligations’, en tevens van ‘taken’ en ‘verplichtingen’ lijkt niet consistent.

19. Council of the European Union, General Approach, 12536/18, 1 October 2018.

geaccordeerd, waarna het als basis zal dienen voor de tripartite onderhandelingen tussen de Europese Raad, de Europese Commissie en het Europese Parlement. Indien het voorstel van de Raad ten aanzien van artikel 18 Richtlijn wordt gevolgd, dan is er in de Richtlijn geen separate bepaling ten aanzien van de verplichtingen van het bestuur in ‘the twilight zone’ opgenomen. De onderhandelingen over de definitieve tekst van de Richtlijn worden in het najaar van 2018 gevoerd.

3. Huidige verplichtingen van bestuurders van Nederlandse entiteiten

Bij de introductie van een nieuwe richtlijn is het steeds interessant om te bezien of de nationale wetgeving wel aansluit bij de uitgangspunten en de bepalingen van die richtlijn. Het invoeren van een nieuwe richtlijn kan immers in de verschillende lidstaten tot verschillende gevolgen leiden. Elke lidstaat heeft eigen dogmatische uitgangspunten die niet per se direct overeenkomen met die van de richtlijn. Toch dient de richtlijn bij invoering wel in de nationale wetgeving te worden ingepast. Dit geldt ook voor Nederland en de vraag dient zich aldus aan of de Nederlandse wet- en regelgeving al voldoet aan de uitgangspunten en bepalingen van Richtlijn 2012/30/EU, meer in het bijzonder artikel 18.

In Nederland zijn in de afgelopen tientallen jaren aan de hand van de wettelijke bepalingen en de daarop gebaseerde jurisprudentie meerdere normen geïntroduceerd, waaraan bestuurders van een (financieel noodlijdende) onderneming zich dienen te houden. De betreffende normen worden ontleend aan enkele specifieke wetsartikelen uit Boek 2 en 6 BW en de jurisprudentie waaronder *Staleman/Van de Ven*,²⁰ *Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*,²¹ *Ontvanger/Van Zoolingen*²² en *Beklamel*.²³ De normen uit de Nederlandse jurisprudentie leggen het bestuur vooral negatieve verplichtingen op (niet doen), terwijl artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU ook positieve verplichtingen introduceert (zeker wel doen). In dit hoofdstuk laten wij de huidige verplichtingen en de normen voor de aansprakelijkheid van bestuurders in Nederland kort de revue passeren.

20. HR 10 januari 1997, *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

21. HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*).

22. HR 7 juni 1996, *JOR* 1996/68 (*Ontvanger/Van Zoolingen*).

23. HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521 (*Beklamel*).

3.1 *Bestuurszaak*

Het bestuur van een besloten of naamloze vennootschap is belast met het besturen van de vennootschap waar hij bestuurder van is.²⁴ Het gaat om meer dan het dagelijks bestuur, namelijk ook om een strategie voor de langere termijn en beleid dat wordt gevormd en uitgevoerd (zie ook artikel 2:140/2:250 lid 2 BW).²⁵ Verder strekt de bestuurszaak zich niet alleen uit tot de vennootschap maar ook tot de daaraan verbonden onderneming.²⁶ De Nederlandse bestuurszaak is derhalve gericht op alle stakeholders, waaronder aandeelhouders, werknemers en bijvoorbeeld leveranciers en niet enkel op shareholders zoals de bestuurszaak in Engeland (zie § 5.1 hierna).

3.2 *Aansprakelijkheid*

De gedachte van de wetgever is geweest dat het bestuur collectief bevoegd en verantwoordelijk is voor het uitvoeren van voornoemde bestuurszaak.²⁷ Individuele bestuurders hebben de mogelijkheid om zich te disculperen van de mogelijk daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid.²⁸

Heeft het bestuur zich niet afdoende van zijn taak gekweten dan zijn er in ieder geval vier grondslagen om de bestuurders aansprakelijk te stellen. Het betreft twee interne gronden. De ene grond is gebaseerd op artikel 2:9 BW waaruit volgt dat het bestuur hoofdelijk aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur. Daarnaast geldt de norm van artikel 2:216 lid 3 BW voor ten onrechte door het bestuur geaccordeerde dividenduitkeringen. Op beide artikelen kan alleen de

24. Artikel 2:129/2:239 lid 1 BW.

25. Zie ook De Nederlandse corporate governance code, 8 december 2016, *Stcrt.* 2017, 45259 (uitgifte: 21 augustus 2017):

“Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen onder meer inhoudt dat het verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie met het bijbehorende risicoprofiel, de resultatenontwikkeling en de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen. Het bestuur legt hierover verantwoording af aan de raad van commissarissen en aan de algemene vergadering.

(...)

Het bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap. Het bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de raad van commissarissen en de auditcommissie.”

26. Artikel 2:129/2:239 lid 3 BW; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*) en Asser 2-IIa /390 Inhoud van begrip bestuur.

27. *GS Rechtspersonen*, artikel 2:248 BW, aant. 14.1.

28. Artikel 2:248 lid 3 BW.

vennootschap een beroep doen. Verder bespreken wij twee externe gronden, namelijk aansprakelijkheid in het geval van faillissement ex artikel 2:248 BW en op grond van een onrechtmatige daad ex artikel 2:162 BW.²⁹ Hierop kunnen (ook) derden een beroep doen.

3.2.1 Artikel 2:9 BW

Elke bestuurder is ten opzichte van de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de in § 3.1 omschreven taak. Op grond van artikel 2:9 BW is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt³⁰ en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. De maatstaf ‘ernstig verwijt’ is uitgekristalliseerd in jurisprudentie:³¹

“Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

*Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.”*³²

Duidelijk is dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een ernstig verwijt alle omstandigheden van het geval moeten worden meegenomen.³³ Een bestuurder kan beschermd worden tegen aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW doordat aan hem decharge is verleend voor het gevoerde beleid door de

29. De aansprakelijkheid uit hoofde van het opstellen van een misleidende jaarrekening ex artikel 2:139 en 2:249 BW alsmede de strafrechtelijke aansprakelijkheid uit titel XXVI van het Wetboek van Strafrecht worden hier niet besproken.

30. Overigens zal dit bij een onderneming in moeilijkheden lastig zijn, zo nemen wij aan, omdat juist het financiële beleid tot een van de kerntaken van het bestuur behoort.

31. HR 10 januari 1997, *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*) en HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*).

32. HR 10 januari 1997, *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*).

33. HR 10 januari 1997, *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*) en HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*).

algemene vergadering van aandeelhouders.³⁴ Een en ander natuurlijk uitsluitend voor zover de algemene vergadering van aandeelhouders hiermee bekend was of had kunnen zijn.

3.2.2 *Artikel 2:216 lid 3 BW*

Een andere norm op grond waarvan bestuurders ten opzichte van de vennootschap aansprakelijk kunnen zijn is die uit artikel 2:216 lid 3 BW. In dit artikel staat dat bestuurders hoofdelijk verbonden worden voor het tekort dat door een dividenduitkering is ontstaan, indien de bestuurders ten tijde van de dividenduitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap nadien niet zou kunnen voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden. Voor deze aansprakelijkstelling van de bestuurders wordt ook wel aangesloten bij de jurisprudentie over artikel 2:9 BW. Net als bij artikel 2:9 BW is het criterium dat de bestuurder een ernstig verwijt moet kunnen gemaakt.³⁵ Een belangrijk verschil tussen beide artikelen is dat de bestuurder ex artikel 2:9 BW voor de volledige schade van de vennootschap kan worden aangesproken terwijl de bestuurder ex artikel 2:216 lid 3 BW uitsluitend aansprakelijk is voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan.

Van belang is dat in artikel 2:216 lid 2 BW staat dat het bestuur de dividenduitkering eerst moet goedkeuren en dat het bestuur zijn goedkeuring aan de dividenduitkering moet onthouden indien het bestuur weet of behoort te weten dat de vennootschap na de uitkering niet in staat is om aan zijn opeisbare verplichtingen te kunnen voldoen. Dit is voor de crediteuren een duidelijke waarborg: het bestuur moet eerst toetsen of de vennootschap tot uitkering van het dividend in staat is en deze vervolgens goedkeuren. Dit toetsingscriterium sluit aan bij het criterium voor het aanvragen van de surseance van betaling.³⁶

3.2.3 *Artikel 2:248 BW*

In het geval van een faillissement van een vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld én aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Deze vorm van aansprakelijkheid wordt ingesteld door de curator en deze dient voornoemde twee vereisten aannemelijk te maken. Het betreft aansprakelijkheid jegens de boedel

34. Artikel 2:101/2:210 lid 3 BW.

35. Zie § 3.2.1 hiervoor.

36. MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 53.

en niet jegens de vennootschap. Van onbehoorlijk bestuur kan worden gesproken:

*“als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus zou hebben gehandeld.”*³⁷

Indien het bestuur niet heeft voldaan aan de administratieplicht of de publicatieplicht dan heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt dat vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.³⁸ In dat geval rust op de curator niet de bewijslast met betrekking tot deze twee vereisten. Het bestuur zal dan dienen te bewijzen dat een andere, externe oorzaak het faillissement heeft veroorzaakt. Ook kan een individuele bestuurder zich proberen te disculperen³⁹ of matiging vorderen.⁴⁰

3.2.4 Artikel 6:162 BW

Zowel derden als een curator⁴¹ kunnen het bestuur aansprakelijk stellen op grond van onrechtmatige daad. De bestuurder wordt in dat geval verweten in strijd te hebben gehandeld met de maatschappelijke zorgvuldigheid door eraan mee te werken dat de vennootschap toerekenbaar tekortschiet of onrechtmatig handelt. Het betreft een secundaire aansprakelijkheid ten opzichte van die van de vennootschap. De norm voor aansprakelijkheid is dezelfde als die bij artikel 2:9 BW, te weten een ernstig verwijt.⁴² Ook bij een dergelijke aansprakelijkstelling dienen alle omstandigheden van het geval meegewogen te worden, zoals dat ook bij artikel 2:9 BW geldt.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van onrechtmatige daad zijn inmiddels twee hoofdrichtingen te onderscheiden, te weten enerzijds die gevallen waarin het bestuur verplichtingen namens de vennootschap is aangegaan waarvan het bestuur wist of behoorde te weten dat deze niet zouden worden nagekomen⁴³ en anderzijds die gevallen waarin het bestuur heeft bewerkstelligd dat de vennootschap eerder door haar aangegane

37. HR 7 juni 1996, *JOR* 1996/68 (*Ontvanger/Van Zoolingen*).

38. Artikel 2:248 lid 2 BW.

39. Artikel 2:248 lid 3 BW.

40. Artikel 2:248 lid 4 BW.

41. HR 16 september 2005, *JOR* 2006/52 (*De Bont/Bannenberg q.q.*), HR 14 januari 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4521 (*Peeters/Gatzen*).

42. Zie § 3.2.1 hiervoor.

43. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*).

verplichtingen niet nakomt.⁴⁴ Binnen de tweede groep is een aantal sub-categorieën gevormd (zoals onder andere: betalingsonwil,⁴⁵ selectieve betaling,⁴⁶ betrokkenheid bij verhaalsfrustratie,⁴⁷ frustratie van eigenaren of zekerheidsgerechtigden⁴⁸ en voortzetten van een onderneming na feitelijke insolventie⁴⁹).

4. Komen de verplichtingen uit artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU overeen met het huidige Nederlandse regime voor bestuurders?

Artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU beschrijft een situatie die zich op een gegeven moment voordoet – namelijk wanneer de ‘kans op insolventie’ bestaat – waarbij op het bestuur vanaf dat moment vier verplichtingen komen te rusten. Deze vier verplichtingen zullen in de volgende paragrafen worden besproken. Allereerst is echter van belang om stil te staan bij de formulering van het moment waarop het bestuur volgens de Richtlijn in actie dient te komen. Dat moment dient zich aan zodra er sprake is van een ‘kans op insolventie’.⁵⁰ Zoals hiervoor is opgemerkt, wordt dit moment verder niet gedefinieerd in de Richtlijn. Naar Nederlands recht is dat moment niet eenvoudig te bepalen. De relevante jurisprudentie concentreert zich op het moment waarop een faillissement ‘onvermijdelijk’ of ‘onafwendbaar’ is.⁵¹ Daarvan is onder andere sprake wanneer het bestuur zich realiseert dat de vennootschap geen of onvoldoende verhaal aan haar crediteuren biedt⁵² of wanneer het bestuur van de vennootschap heeft besloten tot liquidatie.⁵³ De Nederlandse jurisprudentie gaat derhalve uit van het moment dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen.⁵⁴ Het is niet zeker dat de onderneming dan (nog) levensvatbaar is.⁵⁵

44. Zie onder andere HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (*Waning/Van der Vliet*); HR 12 juni 1998, JOR 1998/107 (*Coral/Stalt*); HR 30 mei 1997, NJ 1997/663 (*Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman*).

45. HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (*Van Waning/Van der Vliet*).

46. HR 12 juni 1998, JOR 1998/107 (*Coral/Stalt*).

47. HR 13 oktober 2000, NJ 2000/698 (*Rainbow*).

48. HR 5 september 2014, JOR 2014/325 (*RCI Financial Services/Kastrop*).

49. HR 21 december 2001, JOR 2002/38 (*Sobi/Hurks II*).

50. Door de vertaling is er soms sprake van nuanceverschillen. In de Engelse versie staat ‘likelihood of insolvency’.

51. HR 21 december 2001, JOR 2002/38 (*Sobi/Hurks II*).

52. Idem.

53. HR 12 juni 1998, JOR 1998/107 (*Coral/Stalt*).

54. Zie hoofdstuk 3 hiervoor.

55. Toelichting artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU.

Naar ons idee bevinden de in de Nederlandse jurisprudentie uitgekristalliseerde peilmomenten zich later in de levenscyclus van een onderneming dan waar de Richtlijn op doelt. Een ‘kans op insolventie’ conform de Richtlijn ontstaat al eerder. Dit blijkt onder andere uit het volgende. Wanneer naar de toelichting bij artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU wordt gekeken dan blijkt dat bestuurders vroegtijdig moeten worden gestimuleerd tot actie over te gaan, namelijk op het moment dat de onderneming (nog) levensvatbaar is.⁵⁶ Een ander argument dat voor ons standpunt pleit volgt uit overweging 36 Richtlijn 2012/30/EU, waarin is opgenomen dat het bestuur moet herstructureren op het moment dat ‘*de onderneming financiële moeilijkheden kent*’.⁵⁷ Ook wordt in die overweging het woord ‘*vroegtijdig*’ gehanteerd. Daarnaast volgt uit artikel 18 onder c Richtlijn dat er redelijke stappen moeten worden ondernomen om ‘*insolventie te vermijden*’. Daarnaast wordt ons standpunt onderbouwd door de omschrijving van verschillende situaties waarop de Richtlijn ziet.⁵⁸ De Europese Commissie meent dat herstructurering mogelijk moet zijn in het geval dat de vennootschap nog niet insolvent is. Wij brengen voorts in herinnering dat artikel 18 onderdeel uitmaakt van titel II van de Richtlijn waarin de preventieve herstructureringsstelsels aan de orde komen. Al het voorgaande wijst erop dat de Richtlijn een peilmoment beoogt dat nog niet is opgenomen in de Nederlandse systematiek.

Volgens de Europese Commissie dienen de lidstaten voorwaarden te definiëren waaronder schuldenaren moeten overgaan tot herstructurering en toegang zullen krijgen tot preventieve herstructureringsstelsels.⁵⁹ In Nederland zijn er enkele aanknopingspunten te vinden in de Faillissementswet voor het moment waarop de schuldenaar zou moeten overgaan tot herstructurering. In artikel 214 Fw staat dat een surseance kan worden aangevraagd op het moment waarop de schuldenaar voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. In het ontwerp voor de WHOA⁶⁰ wordt in artikel 370 lid 1 Fw dezelfde formulering gebruikt om te bepalen vanaf wanneer de schuldenaar aan zijn schuldeisers een buitengerechtelijk akkoord kan aanbieden. In de toelichting bij dit artikel staat voorts dat een akkoord kan worden aangeboden in de situatie dat ‘*een onderneming vanwege een te zware schuldenlast*

56. Zie de inleiding van dit artikel.

57. Zie § 2.4 hiervoor.

58. Zie § 2.2 hiervoor.

59. Zie § 2.4 hiervoor.

60. Voorontwerp wetsvoorstel wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord om een dreigend faillissement af te wenden (Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement), 5 september 2017, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/wethomologatie.

insolvent dreigt te raken'. Wij zijn op grond van de hiervoor opgenomen argumenten van mening dat deze omstandigheden zich echter op een later moment voordoen dan de 'kans op insolventie' uit artikel 18 Richtlijn. Voorts is de surseance een insolventieprocedure conform de Europese Insolventieverordening⁶¹ en op grond van artikel 18 moet het bestuur nu juist insolventie vermijden. De Richtlijn beoogt bestuurders derhalve eerder te bewegen in actie te komen dan artikel 214 Fw of het nieuwe artikel 370 lid 1 Fw. De Nederlandse wet zou derhalve op dat punt expliciete aanvulling behoeven.

De verplichtingen die op het bestuur rusten wanneer er een 'kans op insolventie' bestaat, zullen in het navolgende naast de huidige Nederlandse wet worden gelegd.

4.1 *Artikel 18 onder a Richtlijn 2012/30/EU: onmiddellijk maatregelen nemen om het verlies voor crediteuren, werknemers, aandeelhouders en andere belanghebbenden te beperken*

Alhoewel het Nederlandse rechtssysteem uitgaat van een rechtsplicht van het bestuur die is gericht op alle stakeholders en dus niet uitsluitend op de shareholders, kent het Nederlandse recht naar ons idee de verplichting uit artikel 18 onder a Richtlijn op dit ogenblik niet.⁶² Namelijk dat het bestuur als belangenbehartiger van alle stakeholders vroegtijdig een herstructurering moet laten plaatsvinden om algemeen verlies te beperken c.q. waarde te behouden. In het kader van de in Nederland aan de orde zijnde aansprakelijkheid worden de vennootschap en de crediteuren tegen bepaalde bestuurshandelingen wel beschermd. Het betreft echter een negatieve verplichting; vanaf een bepaald moment is het bestuur niet meer vrij in zijn handelingen. Bij geen van de in hoofdstuk 3 besproken grondslagen voor aansprakelijkheid is het bestuur gehouden om in algemene zin vanaf een vastgesteld moment onmiddellijk maatregelen te nemen om het (algemeen) verlies voor stakeholders te beperken. Dit is ook niet het geval in het zicht van een surseance of faillissement. Enkel in artikel 2:9 lid 2 BW is opgenomen: "*en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden*". Het gaat hier echter om het herstel van iets wat al fout is gegaan en niet om preventieve herstructurering.

61. Verordening 1548/2015, zie bijlage A.

62. L. Lennarts, S. Brijs, A. van Hoe, R. Leithaus, C. Lange en P.J.M. Declercq, *Directors' Liability in the twilight zone*, Preadviezen/reports 2017 (NVR II), p. 1-29.

Het voorgaande neemt niet weg dat het externe advies aan een bestuur van een onderneming in die omstandigheden ook in Nederland vaak tot uitgangspunt neemt dat het bestuur zal moeten streven naar waardemaximalisatie voor betrokken partijen.⁶³ Uit de wet en jurisprudentie blijkt die verplichting echter niet expliciet.

In het onderhavige artikellid worden de categorieën belanghebbenden genoemd wiens belangen het bestuur moet beschermen wanneer er een ‘kans op insolventie’ bestaat. Deze verschillende categorieën zouden soms tegenstrijdige belangen kunnen hebben. Uiteraard is dat niet het geval indien het bestuur tijdig (‘op het moment dat de onderneming (nog) levensvatbaar is’) tot herstructurering overgaat, hetgeen artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU beoogt. In dat geval zal het bestuur de hoogst haalbare waarde realiseren en daarbij hebben alle categorieën belanghebbenden belang. Dat wordt evenwel anders indien deze waarde niet meer te realiseren is en het bestuur dus te laat tot herstructurering is overgegaan. In dat geval zullen de belanghebbenden op individuele basis tot verhaal overgaan, waarbij dan tegenstrijdige belangen ontstaan.

4.2 *Artikel 18 onder b Richtlijn 2012/30/EU: terdege rekening houden met de belangen van crediteuren en andere belanghebbenden*

In het Nederlandse rechtsstelsel kan het bestuur niet om het respecteren van de belangen van crediteuren en andere belanghebbenden heen. Zoals in § 3.1 al is weergegeven, valt onder de bestuurstaak van Nederlandse entiteiten namelijk zowel de vennootschap als de daaraan verbonden onderneming.⁶⁴ De bestuursstaak is daarmee gericht op alle betrokken partijen, waaronder aandeelhouders, werknemers en bijvoorbeeld leveranciers en niet zo zeer op aandeelhouders zoals het vennootschapsrecht in Engeland en Amerika. Naar onze mening is artikel 18 onder b Richtlijn 2012/30/EU daarmee voldoende in de thans van kracht zijnde Nederlandse bepalingen verwerkt. Ook op grond van artikel 6:162 BW dient het bestuur de belangen van crediteuren en andere belanghebbenden wel adequaat te behartigen.

63. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*) en Asser 2-IIa /390 Inhoud van begrip bestuur.

64. Asser 2-IIa /390 Inhoud van begrip bestuur.

4.3 *Artikel 18 onder c Richtlijn 2012/30/EU: redelijke stappen ondernemen om insolventie te vermijden*

Wij hebben hiervoor geconcludeerd dat het Nederlandse rechtstelsel het bestuur geen actieve verplichting oplegt om vanaf een bepaald moment tot herstructurering over te gaan. Wel is er een aantal handelingen dat het bestuur, op het moment dat betalingsverplichtingen niet meer kunnen worden nagekomen, niet meer mag verrichten (passief dus). Het onderhavige artikellid gaat uit van een actieve verplichting, namelijk stappen ondernemen om insolventie te vermijden. Desalniettemin zijn wij toch van mening dat deze bepaling niet leidt tot de noodzaak de Nederlandse wet aan te passen. Bestuurders moeten natuurlijk in algemene zin proberen om een insolventie te vermijden. Dat is in lijn met de op bestuurders rustende verplichting tot een behoorlijke vervulling van hun taak ex artikel 2:9 BW, de jurisprudentie⁶⁵ en de definitie van de bestuurstaak uit De Nederlandse corporate governance code.⁶⁶

4.4 *Artikel 18 onder d Richtlijn 2012/30/EU: opzettelijke handelingen of grove nalatigheid vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen*

In overweging 36 Richtlijn 2012/30/EU staat dat het:

“noodzakelijk is dat bestuurders in dergelijke omstandigheden opzettelijke handelingen of grove nalatigheid die leiden tot persoonlijke winst ten nadele van de belanghebbenden, vermijden, niet instemmen met transacties onder hun waarde en geen handelingen stellen die leiden tot een oneerlijke voorkeursbehandeling van een of meerdere belanghebbenden ten koste van anderen”.

Het gaat kortom om het vermijden van handelingen die ook in Nederland onder de noemer van (in ieder geval) kennelijk onbehoorlijk bestuur vallen. Ten aanzien van deze bepaling is er derhalve geen noodzaak tot aanpassing van de Nederlandse wet. Het Nederlandse rechtstelsel is immers zo ingericht dat een bestuurder bij onbehoorlijke bestuur aansprakelijk is zowel ten opzichte van de boedel als ook ten opzichte van een individuele betrokkene die door het handelen van het bestuur geschaad is. Verwezen wordt naar hoofdstuk 3 hiervoor.

65. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*).

66. 8 december 2016, *Stcrt.* 2017, 45259 (uitgifte: 21 augustus 2017), waaronder tevens valt het adequaat organiseren van de financiering van de onderneming.

5. Een kijkje over de landsgrenzen: de verplichtingen van het bestuur naar Engels en Duits recht⁶⁷

5.1 Engeland

Het Engelse recht kent verschillende bepalingen op grond waarvan een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld.⁶⁸ De twee bepalingen die in het kader van dit artikel relevant zijn, betreffen ‘wrongful trading’ en ‘fraudulent trading’, want het gaat in beide gevallen om het (actieve) handelen van het bestuur in de aanloop naar een insolventie. Daarnaast lijkt artikel 18 Richtlijn op deze artikelen te zijn gebaseerd.

Sinds het midden van de jaren tachtig kent het Engelse rechtstelsel onder andere een aansprakelijkheid van het bestuur op basis van ‘wrongful trading’. Het bestuur van een Engelse vennootschap moet bij zijn handelen de belangen van crediteuren steeds meer in het oog houden naar mate de vennootschap dichterbij een insolventie komt. Wanneer bij een vennootschap een ‘kans op insolventie’ ontstaat is in Engeland duidelijker dan in Nederland. Er is jurisprudentie over het peilmoment wanneer een bedrijf ‘in the zone of insolvency’ terecht is gekomen.⁶⁹ Relevante omstandigheden die zouden kunnen wijzen op een ‘kans op insolventie’ zijn onder andere: verhoogde druk van de zijde van crediteuren, het te laat deponeren van de jaarrekening, een negatief eigen vermogen of het alleen betalen van crediteuren nadat er geprocedeerd is. Bestuurders moeten aldus niet alleen de balans in de gaten houden maar ook de feitelijke mogelijkheid tot het nakomen van de verplichtingen ten opzichte van alle crediteuren. Het is helder dat het bestuur op een gegeven moment zal moeten besluiten om de activiteiten te staken om te voorkomen dat het bestuur wordt aangesproken wegens ‘wrongful trading’. De criteria die vervuld moeten zijn om tot een aansprakelijkstelling op basis van ‘wrongful trading’⁷⁰ te komen zijn de navolgende.

1. Het moet gaan om de bestuurder of feitelijk leidinggevende⁷¹ van een Engelse vennootschap.

67. L. Lennarts, S. Brijs, A. van Hoe, R. Leithaus, C. Lange en P.J.M. Declercq, *Directors' Liability in the twilight zone*, Preadviezen/reports 2017 (NVR1), p. 53 e.v.

68. ‘fraud in anticipation of winding up’, ‘transactions in fraud of creditors’, ‘misfeasance’.

69. Bijvoorbeeld wanneer de vennootschap in een ‘dangerous or precarious financial position’ terecht is gekomen zie *Re MDA Investment Management Ltd*, [2004] 1 BCLC 217, p. 75.

70. Een bestuurder kan aansprakelijk zijn als: “...at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going in to insolvent liquidation”.

71. De zogenoemde ‘shadow director’ volgens Section 251 Insolvency Act 1986.

2. De Engelse vennootschap is in een van de twee insolventieregimes⁷² terechtgekomen.
3. De bestuurder of feitelijk leidinggevende wist dan wel moet hebben geweten, voorafgaand aan de insolventie, dat er geen redelijke verwachting meer was dat de vennootschap een insolventie kon vermijden ('no reasonable prospect requirement').
4. De bestuurder of feitelijk leidinggevende kan aansprakelijkheid ook dan nog vermijden als hij – op het moment dat hij wist dan wel hoorde te weten dat een insolventie onvermijdelijk was – alle mogelijke stappen heeft ondernomen om ervoor te zorgen dat het verlies van de crediteuren van de vennootschap zo veel mogelijk wordt beperkt ('every step defense').

Het valt op dat de bestuurder aan aansprakelijkheid kan ontkomen als hij alle mogelijke maatregelen neemt om de potentiële verliezen van de crediteuren zo veel mogelijk te beperken. In artikel 18 onder a Richtlijn staat iets soortgelijks. Daar staat dat de bestuurder onmiddellijk maatregelen moet nemen om het verlies onder andere voor crediteuren te beperken, hoewel daaraan niet per se de consequentie wordt verbonden dat de bestuurder dan ook niet aansprakelijk is. De 'every step defense' wordt in Engeland niet gemakkelijk toegewezen. De betreffende bestuurder moet veel bewijs aandragen voor de getroffen maatregelen en op welke wijze die maatregelen hadden moeten bijdragen aan het inperken van het verlies van een betrokken partij. Duidelijk is voorts dat de getroffen maatregelen ten goede moeten komen aan alle schuldeisers. Selectieve betalingen tellen binnen dit kader niet als een maatregel.⁷³ Het verkrijgen en opvolgen van professioneel advies weegt mee in de beoordeling.⁷⁴ Het aspect van het verkrijgen van deskundig advies wordt ook in de toelichting bij artikel 18 Richtlijn genoemd. Het is de bedoeling van de Engelse wetgever geweest om de drempel voor disculpatie hoog op te werpen.⁷⁵ Er is voorts geoordeeld dat een algehele verbetering van de positie van de schuldeisers nog niet betekent dat de bestuurders aan hun verplichting hebben voldaan, indien individuele schuldeisers alsnog schade hebben geleden. Uit een andere uitspraak blijkt juist dat het stilzitten na het intreden van het peilmoment meestal de bestuurders wordt aangerekend.⁷⁶ Uit de praktijk zijn natuurlijk genoeg gevallen bekend waarop bestuurders de realiteit negeren en niets doen. Voor een succesvol beroep op de 'every step defense' moeten die bestuurders aantonen

72. 'Liquidation' of 'administration'.

73. Brooks and Willetts (Joint liquidators of Robin Hood Centre plc) vs. Amstron and Wlaker [2015] EWHC 2289.

74. Re Ralls Builders.

75. Grant & Anor v Ralls and other [2016] EWHC 243 (GH).

76. Re Continental Assurance PLC [2001] BPIR 862.

dat de voorzetting van het bedrijf na het intreden van het peilmoment in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was en ertoe diende om de risico's voor de gezamenlijke schuldeisers te minimaliseren.⁷⁷

'Fraudulent trading'⁷⁸ verschilt in die zin van 'wrongful trading' dat er sprake moet zijn van opzettelijk handelen van bestuurders om schuldeisers te benadelen.⁷⁹ Deze bepaling geldt ook als er maar een schuldeiser wordt benadeeld. Belangrijk is dat alleen een Engelse liquidator of administrator deze vordering ten opzichte van de bestuurder kan instellen en voorts dat er sprake moet zijn van "*actual dishonesty, involving [...] real moral blame*".

Engeland heeft de reputatie dat vennootschappen aldaar meer kans maken succesvol te worden geherstructureerd dan in andere lidstaten.⁸⁰ Wij zien bij grotere internationale herstructureringen ook vaker dat de COMI naar Engeland wordt verplaatst om gebruik te maken van het herstructureringsregime. Naar onze mening zijn daaraan echter andere factoren debet⁸¹ dan de bepalingen ter zake 'wrongful of fraudulent trading', die nu enigszins aangepast in artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU lijken te zijn opgenomen. Net zoals dat in Nederland het geval is wordt in Engeland gediscussieerd over de vraag of de Engelse wet- en regelgeving op grond van deze Richtlijn aanpassing behoeft, nu terminologie en insteek van de Richtlijn soms niet lijken te stroken met de huidige wetgeving.⁸²

5.2 Duitsland

Bestuurders en feitelijk leidinggevend (‘faktischer Geschäftsführer’⁸³) in Duitsland zijn aan andere regels gebonden dan in Nederland en Engeland. De meest in het oog springende regel aldaar is dat bestuurders⁸⁴ van een vennootschap met een negatief eigen vermogen⁸⁵ dan wel een vennootschap

77. Grant & Anor v Ralls and others [2016] EWGC 243 (Ch).

78. Section 213 Insolvency Act 1986, a director of a company who disposes of company assets (including cash) prior to liquidation may, in certain circumstances, be guilty of fraudulent trading under Section 213 of the Insolvency Act 1986.

79. Fraudulent trading is ook een strafbaar feit onder Section 933 van de Companies Act 2006. De zogenoemde 'rescue-culture'.

80. Bijvoorbeeld de 'schemes of arrangement' naar Engels recht zijn een belangrijke tool bij de herstructureringen. In titel II van de Richtlijn worden daarvoor voorstellen geformuleerd.

81. De noodzaak tot aanpassing van de Engelse wet- en regelgeving aan de Richtlijn wordt thans echter steeds minder relevant, nu de Brexit waarschijnlijk zal betekenen dat de Richtlijn niet in Engeland zal gaan gelden.

82. De hieronder beschreven regeling geldt uitsluitend voor rechtspersonen.

83. Altijd natuurlijke personen.

84. Artikel 19 Insolvenzordnung.

die niet in staat is voort te gaan met de betaling van haar crediteuren⁸⁶ gehouden is om ‘ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung’ een faillissementsaanvraag in te dienen.⁸⁷ Deze termijn van drie weken is bedoeld om het bestuur een laatste kans te geven om het negatieve eigen vermogen weg te werken dan wel om weer een perspectief te hebben dat de verplichtingen kunnen worden nagekomen. De termijn begint op het moment dat objectief sprake is van ‘Zahlungsunfähigkeit’ dan wel ‘Überschuldung’ en het is een maximale termijn. Is er eerder duidelijk dat een herstructurering niet mogelijk zal zijn, dan rust op het bestuur de verplichting om eerder de faillissementsaanvraag in te dienen.

Indien het bestuur verzuimt om tijdig de faillissementsaanvraag te doen dan leidt dat tot aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap voor de schulden die zijn aangegaan na het ontstaan van het negatieve eigen vermogen dan wel de betalingsonmacht.⁸⁸ De enige escape om onder deze aansprakelijkheid uit te komen is dat de bestuurder gedurende die tijd heeft gehandeld ‘mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes’. Naast de aansprakelijkheid ten opzichte van de vennootschap is de bestuurder ook aansprakelijk ten opzichte van de crediteuren van de vennootschap. Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen de ‘nieuwe’ crediteuren, wier vordering is ontstaan na het ontstaan van het negatieve eigen vermogen of de betalingsonmacht, en de ‘oude’ crediteuren die daarvoor al een vordering hadden. Ten opzichte van de ‘nieuwe’ crediteuren is de bestuurder volledig aansprakelijk en die crediteuren kunnen de bestuurder ook rechtstreeks aanspreken. De ‘oude’ crediteuren kunnen de bestuurder niet zelf aanspreken. De Duitse curator kan de claim van de ‘oude’ crediteuren bij de bestuurder neerleggen. Die bestuurder wordt dan aangesproken voor de schade die de ‘oude’ crediteuren lijden doordat het uitdelingspercentage lager is dan het zou zijn geweest als het faillissement tijdig zou zijn aangevraagd.

Een bestuurder van een Duitse vennootschap kan verder door alle crediteuren worden aangesproken uit hoofde van de Duitse onrechtmatige daad,⁸⁹ indien er sprake is van een niet tijdige faillissementsaanvraag of indien een dergelijke aanvraag achterwege is gebleven. Naast deze civiele sancties kent de Duitse wetgever ook een strafrechtelijke sanctie als de faillissementsaanvraag niet, niet

86. Artikel 17 Insolvenzordnung.

87. Artikel 15a Insolvenzordnung.

88. Artikel 64 GmbH Gesetz.

89. Artikel 823 lid 2 BGB.

juist of niet tijdig is ingediend ('Insolvenzverschleppung').⁹⁰ Er staat een gevangenisstraf op van maximaal drie jaar of een boete. Van belang is nog te melden dat deze strafrechtelijke sanctie geen dode letter is. Elk faillissement leidt tot een onderzoek en vele bestuurders worden vervolgd en bestraft.

Als dit samenstel van voorschriften wordt vergeleken met artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU dan valt op dat, hoewel de bewoordingen anders zijn, de Duitse regels aansluiten bij de strekking van de bepaling. In de Duitse wet staat bijvoorbeeld niet dat de bestuurder onmiddellijk maatregelen moet nemen om het verlies voor crediteuren, werknemers, aandeelhouders en andere belanghebbenden te beperken of dat hij de belangen van de crediteuren in ogenschouw moet nemen. Die bestuurder is echter wel aansprakelijk ten opzichte van de crediteuren als de vennootschap op het punt staat de lopende verplichtingen niet meer te kunnen nakomen en hij de onderneming toch voortzet. De facto heeft hij dan maximaal drie weken om te bedenken welke maatregelen hij moet nemen. Ook de criteria uit artikel 18 lid 1 onder c en d Richtlijn 2012/30/EU zijn impliciet onderdeel van de Duitse regelgeving ten aanzien van de aansprakelijkheid van het bestuur.

Hoewel er in Duitsland veel over dit onderwerp is gepubliceerd, is de teneur van de Duitse auteurs dat de Duitse wet- en regelgeving op grond van artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU geen aanpassing behoeft. Wel zijn de in de Richtlijn voorgestelde preventieve herstructureringsmaatregelen voorwerp van een brede discussie.

6. Conclusies: leidt artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU tot een verandering van de positie van het bestuur van een Nederlandse entiteit?

Het voorgestelde artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU beoogt zoals vermeld het bestuur ertoe aan te zetten vroegtijdig tot herstructurering over te gaan. Van belang is voorts dat het bestuur al in actie moeten komen indien een 'kans op insolventie' bestaat. Zoals wij hiervoor hebben betoogd, is het peilmoment van de 'kans op insolventie' in de Nederlandse wet- en regelgeving niet gedefinieerd. Wij hebben hiervoor geconcludeerd dat het moment waarop de Nederlandse jurisprudentie, artikel 214 Fw als ook het voorgestelde artikel 370 lid 1 Fw nieuw (WHOA) wijzen, een later moment is dan het moment dat in de Richtlijn wordt bedoeld. Om het bestuur van een Nederlandse entiteit te kunnen verplichten herstructureringsinstrumenten in te zetten zodra er een 'kans op insolventie' bestaat, is een wetswijziging aan te bevelen.

90. Artikel 15a lid 4 Insolvenzordnung 'nicht, nicht richtig oder nicht rechtszeitig'.

Van de verplichtingen die op het bestuur komen te rusten in een dergelijke situatie is alleen die uit artikel 18 onder a geformuleerd op een wijze die niet past in onze wet- en regelgeving, omdat hieruit een algemene actieve verplichting voortvloeit. In het algemeen zijn de bewoordingen van artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU en de toelichting vaag. Het is dan ook de vraag of het bestuur of partijen wier belangen door hem moeten worden behartigd er feitelijk iets mee opschieten indien artikel 18 Richtlijn in Nederlandse wetgeving zou worden omgezet. Helderheid in the twilight zone brengt dit naar ons idee niet.

Wanneer naar de ons omringende landen wordt gekeken, vertonen deze rechtsstelsels meer gelijkenissen met artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU. Engeland heeft dankzij de bestaande ‘rescue-culture’ in ieder geval een trackrecord als het gaat om geslaagde herstructureringen. De aansprakelijkheid van bestuurders door middel van onder andere ‘wrongful trading’ (waarop artikel 18 lijkt te zijn gebaseerd) is echter naar onze mening geen doorslaggevend instrument voor het succes van die ‘rescue-culture’ en de preventieve herstructureringen. Naar onze mening zijn veeleer de Engelse (op herstructurering gerichte) procedures daar debet aan. Een positief element van de ‘wrongful trading’ doctrine is wel dat deze goed hanteerbaar en voorspelbaar is gebleken. Bestuurders weten aldus goed waar zij aan toe zijn en worden niet gedwongen om voortijdig een faillissementsaanvraag te doen. In Duitsland worden bestuurders (veel) eerder dan in Nederland gedwongen om na te denken over de continuïteit van de onderneming. Er wordt in Duitsland per saldo (veel) eerder geherstructureerd, ook al staat de verplichting tot herstructurering niet letterlijk in de wet. In sommige gevallen wordt die noodzaak tot herstructurering in zo’n vroeg stadium ook wel als een belemmering ervaren. Dit geldt vooral als het om internationaal opererende concerns in moeilijkheden gaat. Daar waar er in het ene land dan nog voldoende tijd is om te herstructureren, is er in het andere land (Duitsland) geen tijd meer. De verplichting om aldaar het faillissement aan te vragen leidt dan tot het mislukken van de beoogde grensoverschrijdende herstructurering.

Als de Nederlandse wetgever zich genoodzaakt zou voelen om een wetswijziging door te voeren om aan de verplichting ex artikel 18 Richtlijn 2012/30/EU te voldoen, zouden wij ons kunnen voorstellen dat de ‘kans op insolventie’ wordt gedefinieerd. Een complicatie blijft dat ook uit de Richtlijn en de toelichting niet voldoende duidelijk blijkt wanneer een ‘kans op insolventie’ ontstaat. Een feitelijk aanknopingspunt voor dit peilmoment is mogelijk te vinden in de Duitse regeling betreffende de betalingsonmacht (‘Zahlungsunfähigkeit’). Het lijkt ons het onderzoeken waard om daarbij aansluiting te zoeken.

Het wetsontwerp van de WHOA⁹¹ geeft het bestuur in ieder geval een instrument voor herstructurering. Doordat een schuldeiser ook zelfstandig een middel heeft om de schuldenaar tot het aanbieden van een akkoord te dwingen, door de bevoegdheid in artikel 371 lid 1 FW nieuw (WHOA), zal er meer druk op het bestuur komen om eerder actie te ondernemen.⁹²

Wij zijn benieuwd of het compromisvoorstel van de Raad, waarin het voorstel voor artikel 18 is geschrapt, ook in de onderhandelingen met de Europese Commissie en het Europese Parlement in stand blijft. Als dat zo is dan hebben bestuurders niets van deze nieuwe Richtlijn te vrezen en is er voor de Nederlandse wetgever ten aanzien van dit punt geen noodzaak tot wijziging.

91. Idem 60.

92. De schuldeiser kan een schuldenaar verzoeken over te gaan tot het aanbieden van een akkoord ex artikel 370 lid 1 Fw nieuw (WHOA). Als de schuldenaar dan treuzelt met het aanbieden van een akkoord kan de rechtbank een deskundige aanwijzen die dan een akkoord zal aanbieden. Volgens de MvT kan de rechtbank alleen de deskundige benoemen als er voldaan is aan drie voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat er redenen zijn om aan te nemen dat de schuldenaar afstevent op een faillissement. Naar onze mening is dan het moment dat er 'een kans op insolventie' ontstaat al (lang) voorbij.

De failliet op de verificatievergadering: meer kansen dan valkuilen?

E.J.R. VERWEY¹

1. Inleiding

1.1

Bij het uitspreken van het faillissement, treedt de concursus in en het is aan de curator om de boedel af te wikkelen binnen de grenzen van zijn bevoegdheden. Ondanks dat gefailleerde – in praktische zin – weinig meer te zeggen heeft, legt de Faillissementswet gefailleerde niet alleen verplichtingen op maar kent de Faillissementswet hem ook enkele bevoegdheden toe.

In dit artikel zal ik twee bevoegdheden van gefailleerde tijdens de verificatievergadering bespreken; (i) zijn betwistingsrecht van vorderingen ex artikel 126 Fw en (ii) zijn bevoegdheid om ex artikel 138 Fw een akkoord aan te bieden. Voordat toe wordt gekomen aan die bevoegdheden zal ik kort stilstaan bij de persoon of het object van gefailleerde zelf.

2. De failliet nader bezien

2.1 *Wie is de failliet?*

In de Faillissementswet komt de term failliet niet terug. In *ons* spraakgebruik hoor je het woord failliet of curanda wel terugkomen. De Faillissementswet heeft het echter alleen over de gefailleerde of de schuldenaar. De wetgever zelf bijvoorbeeld gebruikt de term failliet wel. Dit blijkt onder andere uit het gebruik van de term ‘failliet’ in de Memorie van Toelichting bij de wet versterking positie curator.² Mijns inziens geeft dit aan dat tussen de termen failliet, gefailleerde, curanda en schuldenaar geen verschil kan worden gemaakt. Met deze termen wordt bedoeld de natuurlijke persoon of rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard.

Ex artikel 23 Fw verliest de schuldenaar bij faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen.

1. Evert Verwey is advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam.

2. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3 (MvT).

Het is dan aan de curator om de boedel te gelde te maken en de verplichtingen af te wikkelen.

2.2 *Wie vertegenwoordigt gefailleerde?*

Wessels heeft betoogd dat de ‘persoon’ van een gefailleerde rechtspersoon niet door een faillissement wordt geraakt. Hij meent dat de rechtspersoon in een faillissement rechtsbevoegd blijft en dat zijn organen in beginsel na de faillietverklaring hun rechtspersoonlijke bevoegdheden houden.³ Het faillissement betekent niet dat de rechtspersoon direct ophoudt te bestaan. Deze blijft in stand, totdat het faillissement is afgewikkeld. De rechtspersoon blijft bevoegd om rechtshandelingen te verrichten, maar kan de boedel – uiteraard – niet binden. De curator is wel in staat om de boedel te binden, maar treedt niet in de plaats van die organen en vervangt deze niet.⁴

Kort en goed zou je kunnen concluderen dat degene die voor het faillissement bevoegd was om de rechtspersoon te vertegenwoordigen dit in het faillissement ook is en derhalve de ‘gefailleerde’ vertegenwoordigt in het faillissement van een rechtspersoon. In de praktijk, wordt de bedrijfsvoering gestaakt en valt er voor het bestuur en aandeelhouders weinig te besturen of te bepalen. Het is de curator die het beheer en de vereffening van gefailleerde ter hand neemt.

Bestuurders hebben vaak de neiging om na het faillissement terug te treden en zich uit de Kamer van Koophandel te laten schrijven. Men kan zich afvragen of daarmee de vertegenwoordigingsbevoegdheid van gefailleerde wordt geraakt. Dit kan relevant zijn voor de gebruikmaking van de door de Faillissementswet toegekende bevoegdheden aan gefailleerde.

3. **Verplichtingen van gefailleerde tijdens de verificatievergadering**

3.1 *Inleiding*

Naast de algemene informatie- en medewerkingsplichten genoemd in artikel 105 en 105a Fw bevatten artikel 116 en 117 Fw specifieke verplichtingen voor

3. B. Wessels, ‘Beschikken door de failliet en betalen aan de failliet’, *VrA* 2008/3, p. 9.

4. Zie onder meer A.J. Verdaas, ‘Organen van een rechtspersoon’, in: *Groene Serie Faillissementswet*, artikel 23 Fw, aant. 5; S.C.J.J. Kortmann, ‘De curator, de bewindvoerder en de organen van de rechtspersoon en onderneming’, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu* (Preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’), 1993, p. 111-112 en R.G. Roeffen en F.F.A. Smetsers, ‘Heeft de curator van de moeder vennootschap de niet-failliete dochters aan een touwtje?’ in: W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het Concern. Insolad Jaarboek 2017*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 123-124.

De failliet op de verificatievergadering: meer kansen dan valkuilen?

gefaillieerde tijdens de verificatievergadering. Het doel van deze bepalingen betreft – verkort weergegeven – dat gefailleerde de curator assisteert bij de bepaling van het passief van de boedel. Gefailleerde is – of zou – als geen ander in staat om te bepalen welke crediteuren wel en welke crediteuren niet toegelaten moeten worden tot het passief. Het is immers de gefailleerde die verplichtingen is aangegaan voor faillissement en die door het faillissement niet meer betaald kunnen worden.

3.2 *Recente nieuwe wetgeving*

In het kader van de Wet versterking positie curator en de Wet modernisering faillissementsprocedure zijn artikel 105, 105a, 116 en 117 Fw gewijzigd. Voornaamste doel is om maatwerk mogelijk te kunnen maken en de curator meer middelen te geven om het faillissement af te wikkelen.

De uitgebreide(re) inlichtingenplicht van de nieuwe artikelen 105 en 105a Fw houdt in dat de failliet de curator niet alleen desgevraagd maar ook uit eigen beweging inlichtingen verschaft. Bovendien moet de curator geïnformeerd worden over het bestaan van (eventuele buitenlandse) activa en moet gefailleerde medewerking worden verleend om hem daarover beschikking te laten krijgen. Ook moet de failliet de curator alle medewerking verlenen bij het beheer en de vereffening van de boedel en moet hij terstond de administratie overdragen aan de curator. De opgenomen verplichtingen van de failliet zien aldus vooral op inlichtingen-, medewerkings- en afgifteverplichtingen aan de curator teneinde – om onder andere – de verificatie van schuldvorderingen mogelijk te maken. Deze wijzigingen van de Faillissementswet zijn in werking getreden op 1 juli 2017.⁵

In het nieuwe artikel 117 Fw wordt de reikwijdte van de verschijningsverplichting van de failliet tijdens de verificatievergadering (ex artikel 116 Fw) uitgebreid tot alle personen die in het nieuwe artikel 106 Fw worden genoemd. Voor al deze personen gaan de nieuwe inlichtingen- en medewerkingsplichten uit artikel 105 en 105a Fw (nieuw) ook gelden⁶

Daarmee gaat de verschijningsverplichting ten tijde van de verificatievergadering als het gaat om het faillissement van een rechtspersoon gelden voor: bestuurders, commissarissen, vennoten, voor feitelijk bestuurders, de bestuurders van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn van de failliet, de vennoten van een of meer vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschap die bestuurder is of zijn van de failliet en voor iedereen die in de drie jaar voorafgaande aan het faillissement bestuurder, commissaris of vennoot bij de failliet was.

5. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3.

6. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3 (MvT), p. 17-21.

3.3 *Verschijningsplicht ex artikel 116 Fw*

Het wetsvoorstel om artikel 116 Fw te wijzigen is aangenomen en het gewijzigde artikel is (inmiddels) per 1 januari 2019 in werking treden.⁷

Tot 1 januari 2019 luidde artikel 116 Fw:

“De gefailleerde woont de verificatievergadering in persoon bij, ten einde aldaar alle inlichtingen over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel te geven die hem door de rechter-commissaris gevraagd worden. (...)”

De formulering ‘woont in persoon bij’ betekent (of inmiddels betekende) volgens de wetgever in het normale spraakgebruik het ‘fysiek’ verschijnen van de failliet op de vergadering.⁸ Op grond van artikel 116 Fw moe(s)t de gefailleerde – in beginsel – op de verificatievergadering aanwezig zijn bij de verificatievergadering om aldaar op vragen te antwoorden die de rechter-commissaris hem stelt. Artikel 117 Fw legt deze verschijningsverplichting zoals gezegd dus ook op aan de (oud-)bestuurders (maar ook aan anderen) van een gefailleerde rechtspersoon.⁹

Het nieuwe artikel 116 Fw maakt het mogelijk om de verificatievergadering ook schriftelijk of met gebruikmaking van een elektronisch communicatiemiddel te laten plaatsvinden en laat de verplichting van de gefailleerde om bij de verificatievergadering te verschijnen vervallen. Zoals we in de praktijk nu al zien voegt de aanwezigheid van de bestuurder tijdens de verificatievergadering niet altijd wat toe en kan dus aan maatwerk worden gedaan.

De rechter-commissaris krijgt op grond van de gewijzigde bepaling een aanwijzingsbevoegdheid om gefailleerde – indien hij dat noodzakelijk acht – te verplichten om toch aanwezig te zijn, en op welke wijze.

Anders dan in de oude artikelen 116 en 117 Fw hoeven de genoemde personen alleen ter verificatievergadering te verschijnen als zij daartoe door de curator zijn opgeroepen. Het zal lang niet altijd nodig zijn dat alle in artikel 106 Fw (nieuw) genoemde personen tijdens de verificatievergadering aanwezig zijn om inlichtingen geven over de oorzaken van het faillissement en de staat van de boedel. Het is daarom aan de curator in overleg met de rechter-commissaris om te bepalen wie ter verificatievergadering dienen te verschijnen. Oud-bestuurders van gefailleerde rechtspersonen zien vaak af om de verificatievergadering bij te wonen. De curator maakt vaak – terecht – geen probleem wanneer de

7. Zie *Stb.* 2018, 348. De betreffende wet is pas na het schrijven van dit artikel in werking getreden.

8. *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, 3 (MvT), p. 31.

9. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3 (MvT), p. 24-25.

De failliet op de verificatievergadering: meer kansen dan valkuilen?

bestuurder niet verschijnt. Verificatievergaderingen zijn immers vaak al voorgekookt en debatten tijdens deze vergaderingen komen niet vaak voor.

Het onderzoek naar de oorzaken van het faillissement wordt vaak buiten de verificatievergadering om gehouden. Mijns inziens is dat ook correct omdat een verificatievergadering niet het geëigende forum is om bestuurders aan de tand te voelen.¹⁰ De curator heeft andere middelen om bestuurders te bevragen over de oorzaken van het faillissement. Uiteraard dient de curator wel verantwoording af te leggen over de oorzaken van het faillissement aan zijn crediteuren maar dat kan ook via de reguliere verslaglegging in het openbaar verslag.¹¹ De verificatievergadering dient vooral gericht te zijn op het vaststellen van het passief, een inventarisatie van eventuele geschillen daaromtrent en inzage in het gerealiseerd actief dat onder de crediteuren verdeeld kan worden.

4. De gefailleerde en de betwisting van vorderingen

4.1 Wie vertegenwoordigt gefailleerde tijdens de verificatievergadering?

Wat nu wanneer ten tijde van de verificatievergadering (die vaak jaren na faillissementsdatum plaatsvindt) geen formele bestuurder meer voorhanden is. Het is in beginsel immers alleen de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon die de gefailleerde kan vertegenwoordigen. De vertegenwoordigingsbevoegdheden blijven immers in stand. De bestuurders ten tijde van het uitspreken faillissement (en zelfs van voor faillissementsdatum) kunnen, ten gevolge van genoemde wetwijzigingen, worden opgeroepen om aldaar aan hun verplichtingen ex artikel 116 Fw en 117 Fw te voldoen. Wanneer het bestuur van gefailleerde nog in functie is, kan het bestuur niet alleen aan zijn verplichtingen voldoen ex artikel 116 Fw maar ook van de bevoegdheden ex artikel 126 Fw gebruik maken.

Wat te doen wanneer geen formele bestuurder meer voorhanden is? Het is wat mij betreft verdedigbaar om te stellen dat ten tijde van de verificatievergadering dezelfde kring van personen bevoegd zou moeten zijn om namens gefailleerde gebruik te maken van de aan gefailleerde toegekende bevoegdheden. Aanknopingspunten in de literatuur en jurisprudentie zijn daarvoor nauwelijks te vinden. Maar indien gefailleerde verplichtingen heeft tijdens de verificatievergadering zou dat naar mijn mening dienen te betekenen dat de aan gefailleerde toegekende bevoegdheden ook door dezelfde kring van personen gebruikt kunnen worden.

10. R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/20. Zie ook de andere bijdragen over dit onderwerp elders in deze bundel.

11. Zie artikel 73a Fw.

Vervolg vraag is, wie uit de kring van personen genoemd in artikel 106 Fw dan het primaat heeft om, bij gebrek aan een formele bestuurder, gefailleerde te vertegenwoordigen? Mij lijkt het goed verdedigbaar om temporeel te werk te gaan en daarbij ook zoveel mogelijk aan te sluiten bij de formele vertegenwoordigingsbevoegdheden conform de wet en statuten van de rechtspersoon.

4.2 *Baat het niet dan schaadt het niet?*

Artikel 126 lid 1 Fw bepaalt dat:

“Ook de gefailleerde is bevoegd, onder summiere opgaaf zijner gronden, tegen de toelating ener vordering, hetzij voor het geheel, hetzij voor een gedeelte, of tegen de erkenning van de beweerde voorrang, zich te verzetten. In dit geval geschiedt in het proces-verbaal aantekening van de betwisting en van haar gronden, zonder verwijzing van partijen naar de rechtbank, en zonder dat daardoor de erkenning der vordering in het faillissement wordt verhinderd.”

Indien ter verificatievergadering een ter verificatie ingediende vordering door of namens gefailleerde wordt betwist, dient in het proces-verbaal aantekening te worden gemaakt van de betwisting en van haar gronden (artikel 126 lid 1 Fw). Op deze wijze wordt met de belangen van de gefailleerde rekening gehouden. Over een zodanige betwisting hoeft niet in een renvooiprocedure te worden beslist; het gevolg van die betwisting is (slechts) dat, in afwijking van het in artikel 196 Fw neergelegde uitgangspunt, het proces-verbaal van de verificatievergadering na beëindiging van het faillissement, tegenover de gefailleerde niet een voor tenuitvoerlegging vatbare titel oplevert hetgeen tot gevolg heeft dat na faillissement die vordering geen kracht van gewijsde heeft en geen voor tenuitvoerlegging vatbare titel tegen de schuldenaar oplevert (artikel 197 Fw).

Dit betekent dat de gefailleerde op grond van dit artikel het recht heeft om de – in zijn ogen ongegronde – vordering ook na het einde van het faillissement te blijven betwisten. De schuldeiser zal dan na het faillissement een gerechtelijke procedure moeten beginnen om verhaal te kunnen nemen op het vermogen van de schuldenaar. Voor een natuurlijke persoon die in staat van faillissement verkeert, heeft deze bevoegdheid een voordeel. Immers na het einde van het faillissement is er geen executoriale titel voor de desbetreffende vordering en kan de schuldenaar zich in een gerechtelijke procedure verdedigen.

De vraag is gerechtvaardigd of de gefailleerde rechtspersoon (of zijn (oud-) bestuurders) er baat bij kan hebben om een vordering ex artikel 126 Fw op de verificatievergadering te betwisten. Immers, artikel 2:19 BW bepaalt dat een rechtspersoon onder meer wordt ontbonden na faillietverklaring door hetzij

opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door de staat van insolventie. De staat van insolventie treedt op grond van artikel 173 Fw in, indien op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden, het akkoord is verworpen of de homologatie geweigerd werd. In het geval van een vereenvoudigde afwikkeling wordt de rechtspersoon ontbonden als de slotuitdelingslijst definitief is geworden. Tegelijkertijd wordt de door gefailleerde betwiste crediteur toch toegelaten tot het faillissement en de desbetreffende crediteur heeft dan ook recht op een uitdeling uit het faillissement.

De rechtspraak heeft in een aantal zaken beoordeeld of een betwisting ex artikel 126 lid 1 Fw invloed kan hebben op de vaststelling van de omvang van het faillissementstekort. Dit kan met name relevant zijn in (bestuurders-) aansprakelijkheidszaken waarbij de bestuurders of andere derden aansprakelijk worden gehouden voor het gehele faillissementstekort. Het Hof Arnhem bepaalde op 26 juni 2007 dat de wet aan een bestuurder geen rechtsingang toekent om bezwaar te maken tegen de hoogte van het faillissementstekort. Het hof erkende echter wel dat ex artikel 111 en 116 Fw het aan de bestuurder is om voldoende argumenten en inlichtingen te verschaffen aan de curator die mogelijk kunnen leiden tot een verlaging van het totaal van de erkende schuldvorderingen (en daarmee het faillissementstekort).¹²

Ook de Rechtbank Midden-Nederland oordeelde in een uitspraak van 16 november 2016 dat de betwisting van een vordering door de bestuurder tijdens de verificatievergadering op grond van artikel 126 Fw geen invloed heeft op de hoogte van het faillissementstekort. De rechtbank oordeelde dat de schulden, zoals deze tijdens de verificatievergadering zijn erkend, uit het gerealiseerde actief door de curator moeten worden voldaan.¹³ De rechtbank merkt wel op: *“De in de vijfde afdeling van de Faillissementswet gegeven procedure voldoende waarborgen [kent] voor de vaststelling van de omvang van de faillissementsschulden, waarbij wordt uitgegaan van de indiening van een vordering door schuldeisers, de beoordeling daarvan door de Curator en de mogelijkheid voor de Curator en andere schuldeisers om vorderingen te betwisten. In artikel 344 van het Wetboek van Strafrecht is het indienen van een niet bestaande vordering strafbaar gesteld.”*

In het geval de bestuurder aansprakelijk wordt gesteld voor het gehele faillissementstekort heeft een betwisting van de vordering van een schuldeiser geen rechtstreekse invloed op de omvang van het faillissementstekort. Het kan de bestuurder wellicht baten om op een verificatievergadering heel kritisch mee te kijken. Indien de bestuurder namelijk inlichtingen verschaft die leiden tot een verlaging van het totaal van de erkende schuldvorderingen kan het uiteindelijke

12. Hof Arnhem 26 juni 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA9013, RI 2007/6.

13. Rechtbank Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5964.

faillissementstekort lager zijn. Tevens is niet uit te sluiten dat de bestuurder matiging kan verzoeken van de door de curator gevorderde schade in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure wanneer de bestuurder van de gefailleerde gemotiveerd een vordering op de verificatievergadering heeft betwist ex artikel 126 Fw.

5. Gefailleerde en het aanbieden van een akkoord

5.1 Inleidende opmerkingen bij een akkoord

Het akkoord betreft een overeenkomst tussen de gefailleerde en haar schuldeisers. Eenmaal gehomologeerd heeft het akkoord in beginsel bindende kracht tussen partijen. Dit betekent dat het niet alleen bindend is voor instemmende schuldeisers, maar ook voor tegenstemmers en voor concurrente schuldeisers die niet in het faillissement van de schuldenaar zijn opgekomen. Ingevolge deze gebondenheid van alle schuldeisers op grond van artikel 157 Fw wordt het faillissementsakkoord ook wel een dwangakkoord genoemd (en vormt het daarmee een uitzondering op artikel 6:217 BW).¹⁴

Van belang om op te merken is dat tegenstemmers en afwezigen niet aan *alle* bepalingen in een akkoord gebonden zijn. De gebondenheid van tegenstemmers heeft slechts betrekking op aanspraken die de schuldeisers hebben jegens de schuldenaar en diens boedel. Worden in het akkoord ook bepalingen opgenomen die *niet* zien op de aanspraken van schuldeisers jegens de schuldenaar (maar bijvoorbeeld jegens derden), dan kunnen de tegenstemmende schuldeisers hier niet aan worden gebonden. Alleen instemmende schuldeisers kunnen aan dergelijke bedingen worden gebonden. De gebondenheid van de instemmende schuldeisers volgt hierbij uit artikel 6:217 BW.¹⁵

5.2 Wie is bevoegd om een akkoord aan te bieden?

Hoewel de Faillissementswet op de eerste plaats is gericht op liquidatie van het vermogen van gefailleerde ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers, wordt in artikel 138 e.v. Fw aan de gefailleerde de mogelijkheid geboden om zijn schuldeisers een akkoord aan te bieden op de verificatievergadering. Bij een rechtspersoon wordt het akkoord aangeboden door degenen die de rechtspersoon

14. A.D.W. Soedira, *Het Akkoord*, Deventer: Kluwer 2011, p. 19-20. Zie ook N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, *Bank Failure. Lessons from Lehman Brothers*, Oxford: Oxford University Press 2017.

15. A.D.W. Soedira, *Het Akkoord*, Deventer: Kluwer 2011, p. 97-99.

De failliet op de verificatievergadering: meer kansen dan valkuilen?

vertegenwoordigen. Doorgaans zal dat het (zittend) bestuur zijn. Een akkoord kan ook worden aangeboden door een gevolmachtigde van gefailleerde.¹⁶ De persoon van de gevolmachtigde doet in beginsel niet ter zake. De wetgever heeft alleen bij de persoon van de curator een zeker voorbehoud gemaakt door in de memorie van toelichting op te merken dat het niet wenselijk is dat de curator optreedt als gevolmachtigde van gefailleerde.¹⁷

In de praktijk hebben curatoren een grotere rol gekregen bij het aanbieden van akkoorden. Dit gebeurt vooral bij faillissementen van natuurlijke personen zodat het faillissement efficiënt kan worden afgewikkeld. Vandaar ook dat de Recofa richtlijnen voor faillissementen en surseance van betalingen het volgende bepalen:¹⁸

“De curator onderzoekt op verzoek van de gefailleerde de mogelijkheden tot het aanbieden van een akkoord, voor zover dit de belangen van de schuldeisers dient. De curator is de gefailleerde daarbij binnen redelijke grenzen behulpzaam.”

De rechter-commissaris en de rechtbank zijn verplicht te onderzoeken of degene die namens gefailleerde het ontwerpakkoord aanbiedt, daartoe werkelijk gevolmachtigd is en dienen, indien hen dit niet blijkt, de behandeling en homologatie te weigeren.¹⁹

Formeel gezien blijft gefailleerde bevoegd om het akkoord aan te bieden. Indien er geen formeel bestuur voorhanden is die de gefailleerde rechtspersoon kan vertegenwoordigen, dan kan eenzelfde probleem optreden zoals hiervoor geschetst bij het betwistingsrecht van gefailleerde. Ook hier komt dus de vraag op wat te doen indien het bestuur van de rechtspersoon reeds is afgetreden na het faillissement en tijdens de verificatievergadering geen formele bestuurders meer in functie zijn.

Ik heb (nog) geen (concreet) geval kunnen vinden waarin een akkoord is aangeboden door een bestuurder die niet meer bevoegd was de failliete rechtspersoon te vertegenwoordigen. In de literatuur wordt gesteld dat zaak-waarneming niet mogelijk is bij het aanbieden van het akkoord waardoor die optie geen oplossing lijkt.

16. Zie ook HR 3 november 1910, *W* 9084; B. Wessels, *Het akkoord* (serie Wessels Insolventierecht, deel VI), Deventer: Kluwer 2013, nr. 6032, Soedira, *diss.* (2011), p. 115.

17. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz II, p. 16 en 151.

18. Zie artikel 5.1 onder a van de Recofa Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling zoals te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

19. HR 3 november 1910, *W* 9084.

In de literatuur wordt dan verwezen naar de wetsgeschiedenis van de Faillissementswet.²⁰

“Is de aanbieding vergund, bij afwezigheid van den gefailleerde, door een negotiorum gestor, of wel de daartoe door den kantonrechter gemachtigde echtgenoot van eerstgenoemde? Alleen wanneer het akkoord als een beneficium te beschouwen is, zou men deze vragen bevestigend kunnen beantwoorden.

[...]

Evenals beslist werd onder het bestaande recht, zal ook ingevolge het ontwerp een negotiorum gestor of de echtgenoot van den gefailleerde een akkoord niet kunnen aanbieden.”

Op grond van de huidige literatuur en de wetsgeschiedenis kan dus worden vastgesteld dat het niet mogelijk is om gebruik te maken van de figuur van zaakwaarneming bij het aanbieden van een akkoord door gefailleerde.²¹ We kunnen – voorlopig – echter wel vaststellen dat op basis van de huidige Faillissementswet slechts het formele bestuur van de gefailleerde rechtspersoon gebruik kan maken van artikel 138 Fw.

5.3 *Lehman Brothers Treasury Co B.V. en Innoconcepts N.V.*

Wanneer geen formeel bestuur meer beschikbaar is kan een probleem ontstaan. Twee voorbeelden laten zien dat in de praktijk wel oplossingen zijn aangedragen om dit probleem te ondervangen. Rechtbanken en rechter-commissarissen lijken ook flexibel en geven praktische oplossingen – terecht – een kans.

Allereerst het faillissement van Lehman Brothers Treasury Co B.V. (**LBT**). De schuldenlast betrof vooral de door LBT uitgegeven obligaties. Curatoren van LBT zagen praktische voordelen om het faillissement af te wikkelen door het aanbieden van een faillissementsakkoord. Om dit te bewerkstelligen hebben curatoren van LBT de organen van de rechtspersoon tijdens faillissement ingevuld om zo aan de formele vereisten te kunnen voldoen.

20. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz II, p. 151-152. Vgl. A.D.W. Soedira, *Het Akkoord*, Deventer: Kluwer 2011, p. 114-115, B. Wessels, *Het akkoord* (serie Wessels Insolventierecht, deel VI), Deventer: Kluwer 2013, nr. 6032. Negotiorum gestor is de Latijnse benaming voor zaakwaarneming.

21. De wet omschrijft zaakwaarneming in artikel 6:198 BW “als het zich willens en wetens en op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder dat de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of aan een elders in de wet geregelde rechtsverhouding wordt ontleend”.

De failliet op de verificatievergadering: meer kansen dan valkuilen?

De aandelen in LBT werden gehouden door Lehman Brothers UK Holdings (Delaware) Inc. Op 28 februari 2012 zijn alle aandelen van LBT overgedragen aan de Stichting Lehman Brothers Treasury.²² Curatoren waren twee van de drie bestuurders in deze stichting. Deze stichting is vervolgens ook bestuurder van gefailleerde geworden. Het faillissementsakkoord is in stemming gebracht, aangenomen door de crediteuren en uiteindelijk door de rechtbank gehomologeerd. Curatoren van LBT waren hier in staat om de organen van de vennootschap nieuw leven in te roepen en zo te kunnen voldoen aan artikel 138 Fw in die zin dat de formele vertegenwoordigingsbevoegde van gefailleerde het akkoord aanbood.

Een minder bekend voorbeeld is het (voorheen) beursgenoteerde Innoconcepts N.V. De aandelen van Innoconcepts N.V. werden verhandeld aan de beurs. De notering van de aandelen is na het uitspreken van het faillissement gestaakt. Het bestuur en raad van commissarissen waren na het faillissement afgetreden. Er was dus niemand voorhanden om gefailleerde te kunnen vertegenwoordigen of alsnog de organen van de vennootschap in te richten.

Bij de afwikkeling van het faillissement diende zich een omstandigheid aan waarbij het aanbieden van het akkoord nodig werd geacht. Het doel om een akkoord aan te bieden was mede ingegeven door de wens om een schikking met derden vorm te geven die door de curator waren aangesproken. Deze derden verlangden dat de faillissementscrediteuren afstand zouden doen van hun aanspraken jegens hen. Het akkoord biedt genoeg ruimte hiervoor omdat het immers een overeenkomst is tussen gefailleerde en (de met het akkoord instemmende) schuldeisers (zie hiervoor sub 5.1).²³

In een akkoord wordt primair opgenomen welk bedrag de crediteuren en op welke wijze de crediteuren hun vorderingen (gedeeltelijk) voldaan krijgen. Daarnaast worden in akkoorden ook bepalingen opgenomen die bijvoorbeeld de rechtsverhouding tussen crediteuren en derden regelen. Denk hierbij aan het afstand doen van rechten op bestuurders, accountants en anderen.²⁴

22. D. Roffel en M.C.J. Peeters, 'De val van de Amerikaanse zakenbank Lehman Brothers en het lot van haar Amsterdamse dochter', *TvI* 2018/43, p. 285-287 en de openbare faillissementsverslagen van de curatoren van LBT.

23. Als vangnet is in het ontwerpakkoord van Innoconcepts N.V. opgenomen dat de grootste crediteuren een separate verklaring dienden te ondertekenen waarin zij afstand deden van hun rechten op de desbetreffende derde.

24. V.R. Vroom en L.J.J. Kerstens, 'Wie de botte bijl hanteert komt de man met de hamer tegen – over (ruim) dertig jaar Peeters/Gatzenvordering', in: Schreurs e.a. (red.), *De gereedschapskist van de curator. Insolad jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 120. Vgl. in dit verband R.M. Hermans en R.D. Vriesendorp, 'Het dwangakkoord in het insolventierecht: vrijheid in gebondenheid?', *TvI* 2014/10. De vraag is echter of ook tegenstemmers aan deze voorwaarde gebonden kunnen worden. Vgl. in dat kader A.D.W. Soedira, *Het Akkoord*, Deventer: Kluwer 2011, p. 93 e.v., D. Roffel en M.C.J. Peeters, 'De val van de Amerikaanse zakenbank Lehman Brothers en het lot van haar Amsterdamse dochter', *TvI* 2018/43, p. 285-287.

In het ontwerpakkoord van Innoconcepts N.V. wordt het volgende overwogen:²⁵

“Op grond van artikel 138 Fw dient een akkoord formeel te worden aangeboden door de gefailleerde zelf. De bestuurders van InnoConcepts N.V. zijn kort voorafgaand dan wel tijdens faillissement gedefungeerd. Waar InnoConcepts N.V. een beursfonds is, waarvan de notering jaren geleden is gestaakt, is de benoeming van een statutair bestuurder die namens InnoConcepts N.V. het akkoord kan aanbieden problematisch geworden. InnoConcepts N.V. is op haar beurt enig (indirect) bestuurder van de overige failliete vennootschappen. Gelet op het feit dat met de aanbieding van het akkoord de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar ook de (vermogensrechtelijke) belangen van de rechtspersoon InnoConcepts N.V. worden gediend zal [...] uit hoofde van zaakwaarneming namens InnoConcepts N.V. het akkoord aanbieden en haar ook bij de totstandkoming en afwikkeling daarvan, voor zover nodig, vertegenwoordigen.” [onderstreping auteur]

De Rechtbank Oost-Brabant heeft dit akkoord op 14 januari 2016 gehomologeerd. Dit voorbeeld bevestigt dat een akkoord met gebruikmaking van zaakwaarneming aangeboden kan worden. De bevoegdheid om het akkoord aan te bieden kon bij Innoconcepts N.V. – in de woorden van artikel 6:198 BW – niet aan een rechtshandeling of wet worden ontleend. Er bestonden redelijke gronden om toch gebruik te maken van zaakwaarneming en het kwam immers ook ten goede aan de gezamenlijke crediteuren.

Het valt ook goed uit te leggen waarom de wetsgeschiedenis de mogelijkheid van zaakwaarneming uit heeft gesloten. Dit heeft vooral te maken met het feit dat de wetsgeschiedenis vooral is geschreven toen de faillissementen vooral zagen op natuurlijke personen. Bij faillissementen van natuurlijke personen wordt gefailleerde altijd vertegenwoordigd. Bij rechtspersonen is dat echter anders en zaakwaarneming dient mijns inziens om die leemte op te vullen.

Daarnaast is het niet ondenkbaar dat in lijn met artikel 106 Fw en 117 Fw er goede argumenten bestaan om het laatste bestuur ten tijde van het faillissement de mogelijkheid te geven om een akkoord aan te kunnen laten bieden, in het bijzonder wanneer het niet meer mogelijk is om ten tijde van het faillissement bestuursorganen te benoemen.

25. Homologatievonnis van de Rechtbank Oost-Brabant d.d.14 januari 2016.

De failliet op de verificatievergadering: meer kansen dan valkuilen?

6. Conclusie

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de gefailleerde rechtspersoon is niet geregeld in de Faillissementswet. Dat is echter ook niet nodig omdat in beginsel de organen van de rechtspersoon in functie blijven, ook na faillissement. Indien de organen terugtreden dient zich de vraag op wie gefailleerde wel rechtsgeldig kan vertegenwoordigen bij gebruikmaking van de aan gefailleerde toegekende bevoegdheden. In dit artikel zijn enkele inzichten en oplossingen beschreven uit de praktijk indien gedurende het faillissement geen rechtsgeldige vertegenwoordiger van gefailleerde (meer) voorhanden is.

De arme curator en de failliet: hoe ons zekerhedenrecht de doelstellingen van het faillissement heeft ondermijnd en wat daaraan gedaan zou moeten worden

*R.M. WIBIER*¹

1. Inleiding

In september 2017 sprak professor Bas Kortmann zijn afscheidscollege uit.² Hij constateerde daarin dat het faillissement was verworpen tot een pauperparadijs, waar alleen de banken een reële kans hebben om nog enigszins ongeschonden uit de strijd te komen. Voor concurrente schuldeisers is het kommer en kwel. Een en ander gaf zelfs aanleiding tot Kamervragen over deze sterke positie van de banken.³ De reden dat banken er vaak zo goed uitspringen en concurrente schuldeisers niet, hangt samen met de positie van de failliet. Deze geniet immers (tot het moment dat hij insolvent raakt) een ruime vrijheid om zijn vermogensbestanddelen in zekerheid te geven aan de bank en daarmee te onttrekken aan verhaal door concurrente schuldeisers. Of het daarbij om werkelijke vrijheid gaat of om economische dwang waarbij de leningnemer geen keuze heeft kan hier in het midden blijven, feit is dat leningnemers op grote schaal van deze vrijheid gebruik maken door (vrijwel) hun gehele vermogen in zekerheid aan de kredietverlenende bank te geven.

Deze bijdrage valt in twee delen uiteen. In de eerste plaats wordt onderzocht op welke wijze het Burgerlijk Wetboek uit 1992 en de rechtspraak van de Hoge Raad ervoor hebben gezorgd dat wij ons thans in deze situatie bevinden. Daarmee geeft deel I van mijn bijdrage een beknopt overzicht van de (in mijn ogen) belangrijkste jurisprudentie op het terrein van ons zekerheden- en verhaalsrecht. In deel II onderzoek ik een aantal mogelijkheden om verandering te brengen in deze situatie. Of het wenselijk is de huidige status quo te doorbreken, laat ik daarbij in het midden. De reden is dat deze kwestie naar mijn overtuiging geen juridische, maar een politieke vraag is, ook al gaat de

1. Reinout Wibier is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg en advocaat bij AKD in Amsterdam.

2. Te vinden via: www.ru.nl/rechten/@1125651/afscheidsrede-bas-kortmann-faillissement-paradijs/.

3. *Kamerstukken II* 2017/18, Aanhangsel van de Handelingen, 2243.

politiek die vraag tot nu toe vakkundig uit de weg. De scheidslijn tussen deel I en deel II wordt gevormd door § 3 waarin ik betoog dat niet de juridische techniek, maar een bewuste politieke keuze de bepalende factor moet zijn bij de keuze welke weg wij moeten gaan in dit verband.

Deel I

2. Hoe heeft het zo ver kunnen komen?

2.1 Waarom worden er zo vaak zekerheden verstrekt aan de bank?

Een van de belangrijkste redenen waarom er voor de concurrente schuldeisers zo weinig overblijft in faillissement is de ruime mogelijkheid die de schuldenaar heeft om voordat hij failliet gaat zijn vermogensbestanddelen in zekerheid aan de bank of aan een andere financier te geven. Niet alleen kan vrijwel ieder vermogensbestanddeel op die wijze aan verhaal door gewone schuldeisers worden onttrokken, de wijze waarop dat geschiedt is in de rechtspraak steeds eenvoudiger gemaakt. Het is daarbij van belang te constateren dat het de failliet zelf is die zijn vermogensbestanddelen met een zekerheidsrecht bezwaart ten gunste van zijn financier. Het verstrekken van zekerheden is immers een rechtshandeling van de schuldenaar zelf. In theorie bestaat daarbij de vrijheid om te besluiten al dan niet over te gaan tot het verstrekken van zekerheidsrechten aan de bank. In de praktijk is het echter alleen aan de allersterkste partijen, zogenaamde ‘blue chips’, gegeven om krediet aan te trekken zonder zekerheidsrechten aan de bank te verstrekken. Kennelijk brengen de economische machtsverhoudingen mee dat iemand die geld wil lenen er niet aan ontkomt zijn geldverstrekker ruime zekerheden te geven. Daarvoor kunnen diverse oorzaken worden aangewezen.

Het is kennelijk zo dat er voor een bepaald type schuldenaar vaak weinig alternatieven bestaan voor het aantrekken van krediet. Er zijn weliswaar verschillende potentiële kredietverstrekkers op de markt, maar die zijn kennelijk onvoldoende bereid of in staat om op grote schaal krediet te verlenen zonder dat daartegenover zekerheidsrechten op de vermogensbestanddelen van de leningnemer worden gevestigd.

Een van die alternatieven is Crowdfunding. Daarbij wordt geld aangetrokken door van heel veel partijen een klein bedrag te lenen. Crowdfunding heeft nog steeds niet zo’n vlucht genomen dat het een serieus alternatief biedt voor bancaire kredieten. Bij Crowdfunding wordt de bank als bemiddelingsentiteit die geldgevers (spaarders) en geldnemers (bedrijven en personen met een kredietbehoefte) bijeenbrengt uit de vergelijking geschreven.

Andere potentiële aanbieders van kredieten zoals pensioenfondsen missen de expertise om kredieten te structureren (denk aan monitoring, verslaglegging, risico-inschatting, etc.). En ook daar blijft de bemiddelende rol van de bank onmisbaar. Nu is die bemiddelende rol van de bank juist ook een van de bestaansgronden van de bank. Het stelt mensen bijvoorbeeld in staat om een huis te kopen, doordat banken het geld van spaarders (dat in beginsel direct opeisbaar is door die spaarders) bereid zijn te converteren in een lening met een looptijd van bijvoorbeeld dertig jaar ter financiering van een huis. Bovendien komen er ook wel degelijk andere aanbieders op de markt. Een goed voorbeeld is het onder meer door de Amerikaanse investeerder KKR opgezette kredietfonds, dat een bedrag van € 1 miljard beschikbaar heeft voor leningen aan het MKB.⁴ De administratie en daadwerkelijke uitzetting van gelden wordt gedaan door het Rotterdamse leningenplatform Neos.⁵ In een recent onderzoek komt Raboresearch tot de conclusie dat nieuwe, alternatieve financieringsvormen weliswaar blijven groeien, maar ook nog steeds relatief klein zijn.⁶ En de traditionele bankensector heeft bovendien als voordeel dat zij in staat is een totaalpakket aan diensten aan te bieden. Ondernemers hebben vaak niet alleen behoefte aan krediet, maar ook aan diensten op het gebied van het betalingsverkeer. Op dat terrein zijn traditionele banken ook nog steeds vrijwel onmisbaar.

De conclusie kan daarmee zijn dat er op dit moment nog onvoldoende alternatieven voorhanden zijn voor traditionele bancaire financiering tegen zekerheden.

Natuurlijk bestaan er wel degelijk leningen waarbij geen zekerheid wordt verstrekt aan de leninggever. Veel obligatieleningen die door grote bedrijven worden uitgegeven zijn niet verzekerd met zakelijke zekerheidsrechten. Maar dergelijke leningen zijn eigenlijk alleen maar weggelegd voor grote bedrijven, al was het maar omdat de uitgifte van obligaties een relatief dure exercitie is (denk aan prospectusplichten, de administratie en de kosten die gepaard gaan met het aan de man brengen en verhandelen van obligaties).

Voor zover de kredietverstrekker een onder toezicht staande kredietinstelling is, brengt de toezichtreggeving mee dat zekerheidsrechten moeten worden gevestigd om het krediet te dekken. Weliswaar is het niet categorisch verboden

4. Bron: 'Investeerder KKR komt met kredietfonds van € 1 mrd voor Nederlands mkb', *FD* 14 augustus 2018.

5. www.neosdirect.com.

6. Zie: <https://economie.rabobank.com/publicaties/2018/juni/alternatieve-financiering-voor-mkb/>.

voor kredietinstellingen om leningen te verstrekken zonder dat daar zekerheidsrechten tegenover staan, maar omdat ongesecureerde leningen banken dwingen om veel meer kapitaal aan te houden ter dekking van het terugbetalingsrisico dan gesecureerde leningen, worden die ongesecureerde leningen simpelweg te duur. Ter illustratie: volgens het FD⁷ hanteert het eerdergenoemde Neos een renteopslag van drie procentpunten in ruil voor haar bereidheid geen zekerheden te verlangen.⁸ In die zin heeft de kredietnemer er dus zelf ook belang bij dat hij zekerheidsrechten kan vestigen ten gunste van de bank: de lening wordt daardoor goedkoper.

2.2 *Welke juridische obstakels zijn er voor het verschaffen van zekerheidsrechten?*

Het korte antwoord op deze vraag luidt: heel weinig en in ieder geval steeds minder. De rechtspraak laat sinds de introductie van het Burgerlijk Wetboek een ontwikkeling zien die niet anders kan worden geduid dan als een versoepeling van de mogelijkheden zekerheidsrechten te verstrekken. Die versoepeling heeft vooral betrekking op de mogelijkheden van verpanding van vorderingen en roerende zaken. Achteraf beschouwd kan worden gezegd dat de Hoge Raad kort na de introductie van het NBW in 1992 al een bankvriendelijke weg is ingeslagen. Hieronder geef ik een overzicht van de belangrijkste arresten in dit verband.

De eerste stap werd gezet in het arrest *Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.* In deze zaak kwam de vraag aan de orde hoe specifiek een vordering omschreven moet worden in de pandakte.⁹ Het criterium dat de Hoge Raad in dit arrest formuleerde luidt als volgt:

“Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat.”

In *Rabobank Alphen a/d Rijn/Mulder q.q.*¹⁰ werd de Hoge Raad gevraagd wat hij vond van zogenaamde generieke verpandingsclausules, waarin in de pandakte slechts staat dat ‘alle bestaande en toekomstige vorderingen’ worden verpand. De Hoge Raad merkt daarover (na het zojuist geciteerde criterium te

7. FD 14 augustus 2018.

8. Waarbij bedacht moet worden dat daarin vermoedelijk niet eens een opslag is verwerkt voor kapitaalisen die voor traditionele banken zouden gelden.

9. HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447 (*Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.*).

10. HR 20 september 2002, NJ 2004/182.

hebben herhaald) op dat een dergelijke verpandingsclausule niet per se in strijd komt met het bepaaldheidsvereiste:

“Een generieke omschrijving kan tot een geldige overdracht of verpanding leiden, omdat het generieke karakter van een dergelijke omschrijving en het ontbreken van een nadere specificatie van de betrokken vorderingen niet in de weg staan aan het oordeel dat een dergelijke omschrijving voldoet aan het vereiste van voldoende bepaaldheid in de zin van art. 3:84 lid 2 BW.”

Weliswaar laat deze formulering (met name het gebruik van het woordje ‘kan’) de ruimte open dat de omschrijving van de verpande vorderingen in een pandakte onvoldoende specifiek is, maar die mogelijkheid lijkt vooral nog theoretisch te zijn.¹¹ Dat betekent dus dat het niet nodig is voor een bank om in kaart te brengen welke vorderingen van haar kredietnemer worden verpand. Het volstaat om een generieke en algemene omschrijving op te nemen. Bovendien kan de bank wachten met het opvragen van de gegevens van de verpande vorderingen en de debiteuren tot na de faillietverklaring van de kredietnemer. In het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* besliste de Hoge Raad namelijk dat een curator verplicht is de bank de nodige gegevens te verschaffen, omdat dit recht op gegevens onderdeel uitmaakt van het pandrecht:

“4.2.1 (...) Dit betekent dat de curator, zoals buiten faillissement de pandgever, de pandhouder op diens verlangen alle informatie verstrekt aangaande (de debiteuren van) de verpande vorderingen waarover hij de beschikking heeft en die de pandhouder nodig heeft teneinde de in art. 3:246 lid 1, tweede volzin, genoemde mededeling te doen en de inning van de betrokken vorderingen ter hand te nemen. Deze verplichting inlichtingen te verschaffen vloeit voort uit de aard en strekking van het stil pandrecht op vorderingen op naam in verband met de in art. 3:246 lid 1 en 4 BW genoemde rechtsgevolgen die zijn verbonden aan mededeling van het stil pandrecht door de pandhouder aan de debiteur van de verpande vordering, te weten het ontstaan van de nagenoeg exclusieve bevoegdheid van de pandhouder om in en buiten rechte – en ingeval van faillissement van de pandgever: alsof dit er niet was (art. 57Fw) – voldoening van de verpande vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Zou immers de genoemde verplichting van de gefailleerde pandgever en van de curator inlichtingen te verschaffen niet worden aangenomen dan zou de uitoefening van die bevoegdheden grotendeels illusoir worden, met als gevolg dat de mogelijkheid om overeenkomstig art. 3:239 stil pandrecht te vestigen in de kern zou worden aangetast.”¹²

11. Althans voorlopig, zie ECLI:NL:RBAM:2018:6951.

12. HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

Sterker nog, een curator moet een professionele pandhouder twee weken de tijd geven om in actie te komen, en zodra de pandhouder dat doet, dient de curator eventuele activiteiten die hijzelf had ondernomen om de vorderingen te innen te staken:

“4.1.3. Echter, omdat de curator niet de vrijheid heeft de bevoegdheid van de stille pandhouder tot het doen van de genoemde mededeling te frustreren door zijnerzijds aanstonds aan die debiteuren mede te delen dat zij de stil verpande vorderingen op de rekening van de boedel moeten voldoen in plaats van op die van de stille pandhouder, heeft de Hoge Raad tevens beslist dat de curator een redelijke termijn – die aanvangt daags na de faillietverklaring en ten aanzien van een professionele stille pandhouder als een bank in het algemeen is te stellen op veertien dagen – in acht neemt alvorens een dergelijke (op incasso van de verpande vorderingen gerichte) mededeling aan de debiteuren te doen, teneinde de stille pandhouder in de gelegenheid te stellen de bevoegdheid tot inning op zich te doen overgaan door de bedoelde mededeling aan de debiteuren te doen. Een en ander impliceert dat voldoende is dat de curator gedurende genoemde termijn zich onthoudt van op inning van de verpande vorderingen gerichte activiteiten; hij is dus niet verplicht de stille pandhouder een redelijke termijn te stellen om jegens de debiteuren van de verpande vorderingen over te gaan tot uitoefening van zijn rechten overeenkomstig art. 57Fw

4.1.4. Zodra de stille pandhouder de curator heeft meegedeeld dat hij overeenkomstig art. 57Fw wenst over te gaan tot het uitoefenen van zijn rechten, dient de curator elke verdere activiteit achterwege te laten welke is gericht op inning ten behoeve van de boedel van de verpande vorderingen. Dit geldt niet alleen wanneer deze mededeling wordt gedaan binnen de hiervoor genoemde termijn, maar ook wanneer zij daarna plaatsvindt. Door het verstrijken van de genoemde termijn verliest de stille pandhouder immers niet zijn aan het pandrecht ontleende rechten.”¹³

Daarnaast zijn de vestigingsformaliteiten verder vereenvoudigd doordat de Hoge Raad de gangbare praktijk waarbij banken alle vorderingen van al hun kredietnemers door middel van een volmachtconstructie dagelijks aan zichzelf verpanden heeft gesanctioneerd.¹⁴ Dat betekent dat het vrijwel ondenkbaar wordt dat vorderingen op grond van de regel van artikel 3:239 lid 1 BW (op grond waarvan alleen enkele toekomstige vorderingen bij voorbaat kunnen worden verpand) buiten het pandrecht van de bank zouden vallen. Alleen

13. HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

14. HR 20 september 2002, NJ 2004/182 (*Dix q.q./ING*).

vorderingen die op de dag van de faillietverklaring ontstaan vallen buiten het pandrecht van de bank, omdat bij die vorderingen de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever ontbrak op grond van artikel 23 Fw.

Ook de mogelijkheden vorderingen door middel van een onoverdraagbaarheidsbeding buiten het pandrecht van de bank te houden zijn beperkt. In de eerste plaats hebben dergelijke bedingen alleen dan het effect dat de vordering onverpand blijft indien uit de naar objectieve maatstaven uit te leggen formulering blijkt dat goederenrechtelijke werking is beoogd:

“3.4.2. (...) Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd. Het hof heeft dit miskend.”¹⁵

Op zichzelf laat het arrest *Intergamma/Coface* de mogelijkheid open vorderingen onoverdraagbaar en onverpandbaar te maken, zolang het relevante beding maar zorgvuldig wordt geformuleerd. Dat wordt echter anders wanneer het conceptvoorstel tot wijziging van artikel 3:83 lid 2 BW wet zou worden. Op grond van dit voorstel (Wet opheffing verpandingsverboden)¹⁶ zou artikel 3:83 lid 2 BW als volgt komen te luiden:

“De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten, tenzij het een geldvordering op naam betreft, anders dan een vordering uit hoofde van een betaal- of spaarrekening, die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf en wordt overgedragen voor financieringsdoeleinden. Elk hiermee strijdig beding is nietig.”

Onoverdraagbaarheidsbedingen worden door de opstellers van het concept gekwalificeerd als ongewenste contractuele praktijken die het financieringsverkeer zouden belemmeren. Direct overtuigend is dat niet. In de eerste plaats zijn onoverdraagbaarheidsbedingen contractueel, dat wil zeggen dat zowel de schuldenaar als de schuldeiser daarmee welbewust akkoord zijn gegaan. Dat een vordering door een dergelijk beding onoverdraagbaar en onverpandbaar wordt, lijkt dus niet in de eerste plaats een probleem van de partijen bij die

15. HR 21 maart 2014, *JOR* 2014/151, m.nt. B.A. Schuijling (*Coface Finanz/Intergamma*).

16. Te vinden via www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod.

vordering, die het beding kennelijk gewild hebben, maar van de financierende bank. In de tweede plaats zijn er allerlei legitieme redenen waarom een schuldenaar niet met een andere schuldeiser geconfronteerd wenst te worden. Vooral schuldenaren die te maken hebben met duizenden schuldeisers hebben er nogal wat belang bij om niet het risico te lopen dat een mededeling van verpanding of cessie de afdeling debiteurenbeheer niet bereikt. Wanneer dat gebeurt, zal er immers nogmaals moeten worden betaald. Indien het concept wet wordt, worden dit soort bedrijven gedwongen om dure aanpassingen in hun administratie door te voeren om te voorkomen dat dit gebeurt.

Een laatste versoepeling van de mogelijkheden goederen in zekerheid te geven heeft betrekking op roerende zaken. Een van de obstakels bij verpanding kan de beschikkingsbevoegdheid zijn van de pandgever. Omdat een pandgever op grond van artikel 3:84 lid 1 BW beschikkingsbevoegd moet zijn met betrekking tot het te verpanden goed, werd tot voor kort aangenomen dat onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken die nog niet volledig waren betaald, niet konden worden verpand. In het arrest *Rabobank/Reuser q.q.*¹⁷ is dit obstakel echter weggenomen door de Hoge Raad. Dat deed hij door de introductie van het daarvoor onbekende fenomeen van ‘voorwaardelijke eigendom’, zoals in de literatuur was bepleit. Volgens deze nieuwe benadering is de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud die nog niet heeft betaald wel al reeds ‘voorwaardelijk eigenaar’ van de aan hem geleverde zaak. Die voorwaardelijke eigendom is een overdraagbaar goed volgens de Hoge Raad en kan daarmee direct worden verpand. Met betrekking tot die voorwaardelijke eigendom bestaat er immers wel beschikkingsbevoegdheid.

Het resultaat van de hier besproken ontwikkelingen in de rechtspraak op het terrein van vestiging van pandrechten is dat het nauwelijks nog voor zal komen dat verpandbare activa niet onder het pandrecht van de bank vallen.

Ten slotte kan nog worden gewezen op de verruimde verrekeningsbevoegdheid die de pandhouder toekomt met betrekking tot stil verpande vorderingen, zie *Mulder q.q./CLBN*¹⁸ en de ruime mogelijkheden om ook de opbrengst van een onderhandse verkoop van verpande roerende zaken te behouden op grond van het arrest *ING/Feenstra q.q.*¹⁹ Deze laatste twee arresten hebben ervoor gezorgd dat banken waar het gaat om verpande vorderingen en zaken nauwelijks last hebben van de op zichzelf strenge regels die gelden voor verrekening

17. HR 3 juni 2016, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser q.q.*).

18. HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn.

19. HR 14 februari 2014, *NJ* 2014/264, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

met het negatieve saldo waaronder de schuldenaar vaak gebukt zal gaan ten tijde van zijn faillietverklaring.²⁰ Deze versoepelingen hebben daarmee niet zozeer betrekking op de vestiging van pandrechten, maar op de functionaliteit en bruikbaarheid van eenmaal gevestigde pandrechten, reden om daar niet al te uitgebreid op in te gaan in het kader van deze bijdrage.

2.3 *Conclusie Deel I*

De conclusie van het eerste deel van deze bijdrage kan zijn dat er vrijwel geen obstakels bestaan naar Nederlands recht om vermogensbestanddelen in zekerheid te geven aan een kredietverstrekker. Het gevolg daarvan is dat in veel faillissementen vrijwel alle waarde wegvloeit naar deze zekerheidsgerechtigden. De curator en de failliet blijven arm, eenzaam en gedesillusioneerd achter.²¹

3. **Intermezzo: niet de techniek maar de politiek zou de doorslag moeten geven**

Hoe moeten deze ontwikkelingen worden gewaardeerd? In de eerste plaats is van belang te constateren dat de vraag naar de omvang van mogelijke zekerheid niet een juridische, maar een politieke vraag is. Alleen de wetgever kan uiteindelijk beslissen welk aandeel van de activa van een onderneming aan de concurrente schuldeisers ten goede zou moeten komen en welk deel in zekerheid aan de bank gegeven kan worden (en welk deel van het actief voor een curator beschikbaar moet zijn om de kosten van de afwikkeling te bestrijden.) Een kredietnemer die zekerheidsrechten verschaft, zondert zijn goederen uit van verhaal voor alle schuldeisers. In plaats daarvan kan nog slechts één schuldeiser, de zekerheidsgerechtigde zich op die goederen verhalen. Welke vrijheid moet de schuldenaar daarbij worden toegekend? Kan hij ongelimiteerd al zijn goederen selecteren en daarmee ‘gewone’ schuldeisers in een weinig benijdenswaardige positie brengen, mocht een insolventiesituatie

20. Zie voor die strenge regels: HR 10 januari 1975, *NJ* 1976/249, m.nt. B. Wachter (*Giro/ Standaardfilms*); HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Loeffen q.q./ Bank Mees en Hope I*); en HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/449, m.nt. J.B.M. Vranken (*AMRO/ Curatoren THB*).

21. Een belangrijke uitzondering vormt het bodemvoorrecht van de fiscus op grond waarvan de opbrengst van stil verpande bodemzaken niet aan de zekerheidsgerechtigde ten goede komt, zie artikel 21 lid 3 Invorderingswet 1990.

ontstaan? Het is een vraag waarop het natuurrecht het antwoord toch echt schuldig zal moeten blijven. Het Burgerlijk Wetboek laat de schuldenaar in ieder geval een zeer ruime vrijheid op dit terrein. Daar waar mogelijk nog wettelijke beperkingen zouden zijn te vinden heeft de Hoge Raad die groten-deels weggepoetst.

Een nadeel van het stilzitten van de wetgever is dat er niet een algemene politieke afweging wordt gemaakt in hoeverre het wenselijk is dat er in faillissement ook nog iets overblijft voor concurrente schuldeisers. Dat wordt nu eigenlijk bepaald door de juridische techniek, bijvoorbeeld doordat vorderingen worden verpand via de volmachtconstructie die in *ING/Dix q.q.* aan de orde kwam. Op zichzelf is goed te begrijpen dat de Hoge Raad die constructie sanctioneerde. Technisch juridisch is er weinig tegenin te brengen. Maar toch is denkbaar dat het gevolg van die uitspraak, namelijk dat vorderingen in het geheel niet beschikbaar zullen zijn voor verhaal door concurrente schuldeisers, politiek gezien onwenselijk is. Dat speelt nog sterker bij de mogelijkheid ook voorwaardelijke eigendom te verpanden. Dat de Hoge Raad tot dat oordeel kwam is weliswaar niet onvermijdelijk, maar de constructie valt met enige moeite nog wel te verdedigen (wat overigens niet wegneemt dat zij voor mij persoonlijk een gruwel is). Veel belangrijker echter is opnieuw dat de politieke keuze over wat aan de zekerheidsgerechtigden mag toekomen en wat niet, op de achtergrond raakt, wanneer de kwestie langs de lijnen van de juridische techniek wordt opgelost.

Er is geen natuurrechtelijke regel die aangeeft wat aan concurrente schuldeisers behoort toe te komen en wat in zekerheid mag worden gegeven door de schuldenaar zodat het juist niet aan die concurrenten ten goede komt. Een juiste keuze vergt een ingewikkelde afweging van alle betrokken belangen, zoals die van een soepel verloopend kredietverkeer, economische groei, het belang van de ordelijke afwikkeling van faillissementen, de belangen van concurrente schuldeisers in faillissement, de belangen van preferente schuldeisers, de belangen van de concurrentiepositie van het Nederlandse MKB en zo zijn er nog wel meer belangen te verzinnen. Die afwegingen kunnen alleen door de wetgever worden gemaakt.

Als die wetgever vervolgens tot het oordeel komt dat er inderdaad te weinig overschiet voor concurrente schuldeisers in Nederland, zijn er wel degelijk mogelijkheden om de huidige verhoudingen waarbij concurrenten in de regel niets ontvangen aan te passen. Deel II van deze bijdrage reflecteert op een aantal van die mogelijkheden.

Deel II: Oplossingen

4. Welke mogelijkheden bestaan er om de concurrente schuldeisers tegemoet te komen?

Wanneer het gaat om het maken van een rechtspolitieke keuze over de vraag of het onwenselijk is dat in faillissementen een groot deel van de opbrengst naar de zekerheidsgerechtigden gaat, zou het natuurlijk aardig zijn wanneer de wetgever over zo veel mogelijk relevante gegevens beschikt om tot een dergelijke keuze te komen. Dat geldt ook voor de vraag of er juridisch gezien andere oplossingen denkbaar en mogelijk zijn. Over die laatste vraag gaat deze paragraaf.

4.1 *Alternatieve vormen van kredietverlening*

Een voor de hand liggende oplossing voor de problematiek dat te veel van het vermogen naar de zekerheidsgerechtigde gaat, is te zoeken naar alternatieve vormen van kredietverlening waarbij geen zekerheidsrechten worden verschaft. Hiervoor werd echter eigenlijk al duidelijk dat dit niet een alternatief is waarop nu reeds op grote schaal zou kunnen worden teruggevallen. Kredietverlening zonder dat daar zekerheidsrechten tegenover staan, is over het algemeen gewoon duurder. Er bestaan alternatieven voor door de traditionele banken tegen zekerheidsrechten verleende kredieten, zoals het eerder genoemd MKB-kredietfonds van Neos, maar die alternatieven zijn (veel) duurder. Kennelijk steekt de markt van kredietverlening bovendien zo in elkaar dat bedrijven over het algemeen niet in staat zijn kredietverleners tegen elkaar uit te spelen om zo tot gunstigere voorwaarden te komen. Tussen de banken bestaat onderling maar weinig concurrentie en alternatieve aanbieders zijn onvoldoende beschikbaar om de afhankelijkheid van het MKB van de grootbanken te doorbreken.²² Bovendien heeft het aankloppen bij een van de bekende banken ook allerlei voordelen. Zo zijn die banken veel beter in staat een totaalpakket aan diensten te leveren. Daarbij kan worden gedacht aan essentiële diensten op het terrein van het betaalverkeer, hypotheek op de privéwoning voor de directeur/groot-aandeelhouder, verzekeringskwesties, etc. Ook beschikken de traditionele banken over een enorme schat aan kennis, expertise en ervaring wat hen in staat stelt kredietnemers met raad en daad bij te staan. Kort en goed: echte

22. Vgl. het rapport van de Autoriteit consument en markt uit 2015, 'Concurrentie op de markt voor MKB-financiering', te vinden via: www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/14430_concurrentie-op-mkb-financiering.pdf. Zie ook het SER rapport uit 2014, 'Verbreiding en versterking financiering mkb', te vinden via: www.ser.nl/~media/files/internet/publicaties/overige/2010_2019/2014/financiering-mkb.ashx

alternatieven voor traditionele bancaire kredietverstrekking tegen zekerheden, zijn er op dit moment nog maar weinig.

4.2 *Een hogere bijdrage aan faillissementskosten door separatisten*

Een andere mogelijkheid zou zijn de bijdrage van separatisten aan de faillissementskosten te verhogen. Hoewel de gedachte achter separatisme is dat de zekerheidsgerechtigde het faillissement kan negeren, is de curator meestal toch (nauw) betrokken bij het te gelde maken van de in zekerheid gegeven goederen. Als het om vorderingen gaat, zal de curator de naw-gegevens van de debiteuren ter beschikking moeten stellen. Bij onroerend goed zal hij de hypotheekhouder in staat moeten stellen te onderzoeken in welke staat het onroerend goed zich bevindt en verpande zaken zullen vaak ten minste van het terrein van de failliet moeten worden verwijderd. In sommige gevallen gaat de bemoeienis van de curator veel verder en treedt hij zelfs als materiële verkoper op van de in zekerheid gegeven goederen, bijvoorbeeld omdat die verkocht worden in het kader van verkoop van de hele onderneming van de failliet. Ook los van die situatie komt het regelmatig voor dat de curator de feitelijke executie van in zekerheid gegeven goederen verzorgt.

Op dit moment zijn er geen wettelijke regels die de hoogte van de bijdrage die de zekerheidsgerechtigde in dergelijke scenario's aan de boedel verschuldigd is aan bepaalde minima koppelen. Een veel gebruikte leidraad is de separatistenregeling,²³ waarin bepaalde richtbedragen worden genoemd, afhankelijk van de inspanningen die de curator ten behoeve van de separatist verricht. In onderling overleg kan van die richtlijnen worden afgeweken. Wanneer de wetgever meent dat de bedragen die separatisten in dit soort gevallen afdragen aan de boedel te laag zijn, zou hij onder dreiging van wettelijke maatregelen, separatisten en curatoren kunnen aansporen over te gaan tot aanpassing van de in de separatistenregeling opgenomen bedragen.

4.3 *Alleen zekerheid mogen vragen voor daadwerkelijk exposure?*

Een andere mogelijkheid om de problematiek van lege boedels aan te pakken is het aan banden leggen van de mogelijkheden om min of meer willekeurig alle beschikbare actief in zekerheid te geven. Artikel 3:239 lid 1 BW bevatte in wezen een dergelijke regeling, door toekomstige vorderingen alleen dan in aanmerking te laten komen voor verpanding bij voorbaat wanneer die voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding. Door de praktijk van dag dage-

23. Te vinden via: <https://static.basenet.nl/cms/105928/website/separatistenregeling.pdf>.

lijkste verpanding is die beperking echter niet langer effectief. Er zijn allerlei regelingen denkbaar die ervoor zorgen dat de mogelijkheden om zekerheidsrechten te verstrekken worden beperkt.

Zo zou in de wet kunnen worden bepaald dat de in zekerheid gegeven goederen niet aanmerkelijk meer waard mogen zijn dan de hoogte van het verstrekte krediet. Overtreding van dit verbod zou kunnen worden bestraft met nietigheid van alle zekerheidsrechten. Wanneer alleen de zekerheidsrechten op te veel in zekerheid gegeven goederen niet geldig zouden zijn zou er nog steeds geen enkele rem zijn op het vestigen van zekerheid op alle goederen. Een groot nadeel van deze benadering is echter dat er allerlei waarderingen zullen moeten worden gemaakt. Je zou verwachten dat banken dergelijke waarderingen min of meer standaard uitvoeren bij de kredietverstrekking, maar ik kan mij ook voorstellen dat het toch extra werkzaamheden en kosten met zich meebrengt wanneer dergelijke waarderingen moeten worden gemaakt in het kader van de vraag hoeveel zekerheid een bank veilig kan accepteren. Een ander nadeel van deze benadering is dat zij vermoedelijk maar in een beperkt aantal gevallen helpt. Ik heb daarnaar geen onderzoek gedaan, maar ik krijg toch niet de indruk dat in faillissementen regelmatig sprake is van veel overwaarde in de aan de bank verstrekte zekerheid. In gevallen waarin er te weinig is om de schuld van de bank te voldoen, helpt een restrictie op de mogelijkheid zekerheidsrechten te aanvaarden zoals hier beschreven niet. Sterker nog, in zekere zin kent het Nederlandse recht natuurlijk al de regel dat zekerheden niet verder kunnen gaan dan de verzekerde vordering. Voldoening van die vordering heeft immers tot gevolg dat de zekerheid vervalt. Daarmee kan de conclusie zijn dat een maatregel die de maximale waarde van de zekerheid beperkt tot de uitstaande lening, geen oplossing kan bieden voor het probleem van de lege boedels.

4.4 *Andere beperking in de vrijheid zekerheidsrechten te verschaffen?*

Een nog rigoureuzere benadering zou zijn om het verstrekken van zekerheidsrechten op de een of andere manier als zodanig aan banden te leggen, ongeacht de omvang van het aan door de bank verstrekte krediet. Denkbaar is dat vorderingen op naam niet langer beschikbaar zouden zijn voor verpanding. Of dat onroerende goederen niet langer in hypotheek zouden kunnen worden gegeven. Een dergelijke benadering heeft echter te veel nadelen om serieus in overweging te worden genomen. Het uitsluiten van bepaalde goederen van de mogelijkheid ze in zekerheid te geven is niet alleen arbitrair, het zou ook bepaalde bedrijven (met veel of juist weinig OG, veel of juist weinig vorderingen op naam) harder treffen dan anderen.

4.5 *Zorgplicht voor overkreditering*

Nog weer een andere mogelijkheid zou zijn de zorgplicht van de zekerheids-gerechtigde te verzwaren en deze op die manier meer verantwoordelijk te maken voor het faillissement van de kredietnemer. Wanneer het krediet niet kan worden terugbetaald, is er kennelijk sprake geweest van overkreditering. Zou dan niet gezegd kunnen worden dat de bank onvoldoende heeft geadviseerd en gewaarschuwd? Kan een zekerheidsgerechtigde dan niet deels verantwoordelijk worden gehouden voor het debacle, bijvoorbeeld door hem de voordelen van de gevestigde zekerheidsrechten te ontzeggen?

Ook deze benadering komt mij weinig aantrekkelijk voor. Het is in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de ondernemer zelf om zijn onderneming succesvol te laten zijn. In de tweede, derde en vierde plaats is het dat ook. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat een bank zou kunnen, en onder omstandigheden ook zou moeten waarschuwen voor kansloze missies, biedt het Nederlandse recht zoals het nu luidt al voldoende mogelijkheden om eventuele excessen aan te pakken. Daarbij kan worden gedacht aan de pauliana, die de curator in staat stelt om voor schuldeisers benadelende rechtshandelingen terug te draaien wanneer ze zijn aangegaan op het moment dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de ondernemer en de bank.²⁴ Daar waar de pauliana onvoldoende soelaas biedt, kan de curator terugvallen op een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad tegen bijvoorbeeld bestuurders en/of commissarissen en eventueel ook tegen de bank.

4.6 *Botte bijl: concurrenten krijgen X%*

De laatste en misschien wel meest effectieve methode om lege boedels tegen te gaan die ik hier wil noemen is het wettelijk vaststellen van een percentage dat in ieder geval aan de boedel moet worden afgedragen. Deze benadering komt mij het meest aantrekkelijk voor, omdat zij het beste in staat is om een rechtspolitieke afweging te vertalen in een juridische uitwerking. Zonder dat het wettelijke systeem van vermogensrecht aangetast wordt, en dat is ook een groot voordeel. Bovendien zorgt de vaststelling van een percentage ervoor dat ook op die rechtspolitieke vraag een antwoord moet worden geformuleerd door de wetgever. Welk percentage is redelijk om voor de concurrente schuldeisers te reserveren? Moet dat wellicht een gestaffeld percentage zijn, afhankelijk van de

24. HR 22 december 2009, NJ 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde (*ABN AMRO/Van Dooren III*).

totale omvang van de boedel? Is er een bepaald minimumbedrag dat beschikbaar moet zijn in ieder faillissement om in ieder geval de kosten van de afwikkeling te kunnen voldoen?

Vaststelling van het 'juiste' percentage zal niet eenvoudig zijn. Maar het is denk ik wel hoog tijd geworden dat de wetgever zich daarmee bezig gaat houden.

5. Conclusie

De wetgever staat voor een belangrijke vraag. De vraag of er iets moet worden gedaan aan de huidige situatie waarin de zekerheidsgerechtigde, meestal de bank, vrijwel de gehele waarde van insolvente ondernemingen naar zich toe weet te trekken. Wanneer die vraag bevestigend luidt, is er een aantal denkbare reacties. De beste daarvan is de wettelijke vastlegging van een voor de concurrente crediteuren beschikbaar percentage van de waarde van vermogensbestanddelen van de failliet, mogelijk aangevuld met bepaalde vaste minimum- en maximumbedragen.

Het systeem waarin dit soort vragen worden beantwoord aan de hand van de juridische techniek loopt op zijn laatste benen. Het gaat hier niet om vragen waarop de antwoorden vastliggen in of zijn af te leiden uit ons vermogensrechtelijk systeem. Het gaat om zuiver politieke afwegingen. Alleen de wetgever heeft voldoende legitimiteit en middelen om na gedegen onderzoek over de effecten van verschillende maatregelen tot een afgewogen oordeel te kunnen komen. En alleen een afweging van de wetgever heeft voldoende legitimiteit om vervolgens door alle betrokkenen te worden geaccepteerd als mogelijk hard,²⁵ maar in ieder geval rechtvaardig.

25. Lex dura, sed scripta.

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

*R.F. FEENSTRA*¹

Inleiding

De curator is door zijn aanstelling bevoegd om te beschikken over het vermogen (de boedel) van de gefailleerde. In principe wikkelt de curator de boedel af in goed overleg met de gefailleerde en houdt daardoor ook vanzelf rekening met de belangen² van de gefailleerde. Hij is hiertoe echter slechts in staat als de gefailleerde hem alle inlichtingen verstrekt die nodig zijn om een gedegen afweging te maken hoe de boedel het beste beheerd (en vereffend) kan worden. Het onderwerp ‘de curator en de gefailleerde’ nodigt daarom uit om ook aandacht te besteden aan de niet-meewerkende of zelfs frauderende gefailleerde.

De relatie tussen de curator en de gefailleerde wordt direct beïnvloed als de gefailleerde, op welke manier ook, niet meewerkt aan de afwikkeling van zijn faillissement. Dit kan door bijvoorbeeld het schenden van zijn medewerkings- en inlichtingenverplichting, maar ook indien hij voor of tijdens zijn faillissement de boedel benadeelt of heeft benadeeld. Zodra de curator bemerkt dat de gefailleerde een andere agenda heeft dan hij, zal de gefailleerde geen medestander zijn, maar een tegenstander. In dit geval neemt de afwikkeling van het faillissement een andere wending. De curator moet dan zelfstandig op zoek naar objectieve informatie, bijvoorbeeld over het vermogen van de gefailleerde, en kan niet meer vertrouwen op de informatie die de gefailleerde nog wel verstrekt.

Een niet-meewerkende of frauderende gefailleerde zal leiden tot een aanzienlijke vermenigvuldiging van de te besteden tijd die de curator nodig heeft om het faillissement naar behoren te kunnen afwickelen, denk aan het reconstrueren van de boedel. Omdat als gevolg van de niet-medewerking of fraude het actief niet zichtbaar is, heeft dit tot gevolg dat de boedel ook vaak (te) leeg is

-
1. Frank Feenstra is advocaat ondernemingsrecht bij FENK advocaten te Apeldoorn. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.
 2. Zie ook het artikel in deze bundel: ‘De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon’, mr. F.B. Bosvelt en mr. I.C. Lok.

om überhaupt uren te maken. Dit leidt tot een grotere slagingskans van de fraude, want vanzelfsprekend is het voor de curator weinig lonend – en vaak onhaalbaar – om op eigen kosten op zoek te gaan naar (eventueel) zoekgemaakt actief. Zeker als er ook targets gelden (vanuit de kantoororganisatie of KPI's vanuit de rechtbank), zal de curator snel tot afwikkeling willen overgaan. Het achtergehouden actief komt niet ten goede aan de schuldeisers en de fraude wordt niet aangepakt (en dus beloond).

Het grote aantal faillissementen dat is uitgesproken als gevolg van de economische crisis van 2008 tot 2014, heeft tot meer aandacht geleid bij de wetgever³ voor de effectiviteit van de huidige Faillissementswet. Om deze wet uit 1896 effectiever te maken is het programma 'Herijking Faillissementswet' opgezet met (inmiddels) drie grondslagen: fraudebestrijding, modernisering en versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven.⁴ In dit artikel reflecteer ik op de eerste grondslag, die van de fraudebestrijding.

Nieuwe wetgeving

Bij brief van 28 september 2017⁵ schreef de minister aan de Tweede Kamer: "op 1 juli 2016 zijn de Wet civielrechtelijk bestuursverbod⁶ en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude⁷ in werking getreden. Op 1 juli 2017 is de Wet versterking positie curator⁸ in werking getreden. Daarmee is de fraudepijler van het wetgevingsprogramma gefinaliseerd en het sanctie-instrumentarium voor de bestrijding van faillissementsfraude,⁹ zowel in civielrechtelijke als in strafrechtelijke zin, versterkt." Uit deze brief van de minister

3. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 33695, met name de meest recente brief van 11 september 2018, *Kamerstukken II*, 33695, nr. 17.

4. Voor het gedeelte 'versterking van het reorganiserend vermogen' verwijs ik naar het artikel in deze bundel: Ph.W. Schreurs, De nieuwe insolventieadvocaat, p. 107.

5. *Kamerstukken II* 2017/18, 33695, nr.15.

6. *Stb.* 2016, nr. 153.

7. *Stb.* 2016, nr. 154.

8. *Stb.* 2017, nr. 124.

9. Helaas is de gehanteerde term 'faillissementsfraude' niet nader uitgewerkt. Juist omdat er zo veel wordt geschreven over de bestrijding van faillissementsfraude, en nieuwe wetgeving in het leven wordt geroepen, zou je verwachten dat men dit begrip zelf nader definieert. Dat is echter niet zo en het gevolg is dat er geen concrete en of gerichte aanpak is van de verschillende soorten (faillissements)fraude. Wat mij betreft is dit een van de redenen waarom er zo weinig resultaat wordt geboekt in de bestrijding. Als je iets wilt bestrijden, moet je wel weten waar je mee bezig bent. Daarom heb ik in mijn artikel 'Bestrijding van faillissementsfraude, op zoek naar het juiste spoor' een onderverdeling gemaakt in rechtspersonenfraude en boedelfraude. Ik heb betoogd dat deze twee fraudes een verschillende aanpak nodig hebben om te komen tot effectieve bestrijding ervan.

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

blijkt dat de wetgeving qua fraudebestrijding ook in drie pijlers is onderverdeeld en dat met de invoering van deze drie wetten het wetgevingsprogramma dat ziet op de fraudebestrijding is afgerond.

Eerste pijler: Modernisering van de wettekst zonder concretisering van de handhaving

Met de eerste pijler, de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, heeft de wetgever de strafrechtelijke bepalingen die zien op benadeling van schuldeisers in titel XXVI Wetboek van Strafrecht (Sr) gemoderniseerd. Bijna alle bepalingen zijn, volgens de wetgever, aangepast ‘met het oog op verbetering van de bruikbaarheid (in de zin van leesbaarheid, eenvoudigere toepassing) en effectiviteit’.¹⁰ Afgezien van enkele tekstuele aanpassingen zijn de strafrechtbepalingen materieel bij het oude gebleven en is de wettelijke terminologie gehandhaafd. Deze wet kan eigenlijk als codificatie gezien worden van de reeds bestaande rechtspraak, waarbij gestreefd is naar een verbeterde structuur en inhoud.¹¹ Wat ik mis is een concretisering van de handhaving van deze nieuwe regels, want het aanpassen van de strafrechtelijke bepalingen alleen zal geen verandering brengen in de opsporing en vervolging van de fraude.

Tweede pijler: Fraudepreventie op kosten van de schuldeisers

De tweede pijler, de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, biedt de curator en het Openbaar Ministerie de mogelijkheid om de civiele rechter te verzoeken een bestuurder of feitelijk beleidsbepaler van een gefailleerde rechtspersoon een bestuursverbod op te leggen van maximaal vijf jaren. De minister heeft hiermee gestalte gegeven aan zijn voornemen om fraudebestrijding tot een wettelijke taak van de curator te maken.¹² Het lijkt een mooie oplossing om de ‘rotte appels’ een halt toe te roepen in het maatschappelijk verkeer: bewezen rommelende bestuurders kunnen buitenspel worden gezet. Bijzonder is dat er geen sprake hoeft te zijn van fraude (in de zin van de strafrechtbepalingen) voor het laten opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod, maar dat ‘onbehoorlijk bestuur’ de belangrijkste norm is. Deze wet heeft ook niet tot doel om de gepleegde fraude op te sporen en vervolgens te bestraffen; de gedachte erachter is preventie.

10. *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 3, p. 7.

11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, 3, p. 7.

12. *Kamerstukken II* 2012/12, 29911, 76 en MvT, p. 3.

De term fraudebestrijding bevindt zich in dit kader op een hellend vlak omdat er geen direct verband bestaat met (bestrijding van) faillissementsfraude. Er hoeft immers geen sprake van fraude te zijn (geweest). Daarnaast is deze preventieve bestrijding van (herhaling van) faillissementsfraude verre van waterdicht. Het zal voor een bestuurder die een dergelijk verbod krijgt opgelegd niet onmogelijk zijn (weer) faillissementsfraude te plegen, simpelweg omdat er nog veel manieren zijn om het opgelegde verbod te omzeilen. Dit kan al door gebruik te maken van een katvanger die de formele positie van bestuurder kan innemen. Voor de doorgewinterde faillissementsfraudeur is deze nieuwe wet niet iets waarvan hij wakker zal liggen. Hij gebruikt van meet af aan al katvangers voor de uitvoering van zijn fraude. De formele positie van bestuurder is niet nodig om faillissementsfraude te plegen.

Een grote misser met betrekking tot deze wetgeving is dat de curator dit verbod kan vorderen met gelden uit de boedel waarbij de gezamenlijke schuldeisers dus moeten betalen voor een preventieve maatregel waar zij zelf geen baat bij hebben. In mijn ogen zou de curator geen gebruik moeten maken van de mogelijkheid om een bestuursverbod te vorderen, tenzij de financiering ervan niet ten laste komt van de gezamenlijke schuldeisers.

Derde pijler: Als de fraudeur zijn kaarten op tafel legt kan de curator de fraude bestrijden

De derde wet in dit kader, de Wet versterking positie curator, die is gepresenteerd als het complement van de nieuwe wetgeving, bestaat uit twee onderdelen. Dit betreft enerzijds de verzwaring van de inlichtingen- en medewerkingsplicht van de gefailleerde en anderzijds de fraudesignalerende functie van de curator. Deze wet heeft mede tot doel een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude,¹³ waarbij de curator naar voren wordt geschoven als belangrijkste speler. Dit heeft verstrekkende gevolgen, waar ik hieronder op in ga.

Nieuw artikel 105 lid 1 Fw: verduidelijking inlichtingen- en medewerkingsverplichting gefailleerde

Als eerste belangrijk onderdeel van deze nieuwe wet is een (ver)nieuw(d) artikel 105 lid 1 Fw gepresenteerd: ‘de noodzakelijke verduidelijking van de verplichtingen van de gefailleerde omdat de gefailleerde er belang bij heeft te

13. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, gepubliceerd op 14 juli 2015, p. 1.

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

weten wat er van hem in een faillissement wordt verwacht'.¹⁴ Immers, schending van deze verplichtingen kan aanzienlijke consequenties hebben, te weten een inbewaringstelling ex artikel 87 Fw, het handelen in strijd met strafrechtbepalingen (artikel 194, 344a en 344b Sr) en een civielrechtelijk bestuursverbod.

In de jurisprudentie is de inlichtingenverplichting steeds meer verruimd tot een inlichtingen- én medewerkingsverplichting. De wetgever heeft ervoor gekozen om deze plicht tot medewerking met name tot uiting te laten komen in het nieuwe artikel 105 lid 1 Fw: ook uit eigen beweging dient de gefailleerde inlichtingen te verstrekken en/of administratie te overleggen die van belang zijn voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel. Anders gezegd: hij is verplicht gevraagd en ongevraagd mededelingen te doen die de curator van dienst zijn om zijn taak naar behoren te verrichten.

Deze inlichtingen- en medewerkingsverplichting kan worden vertaald als een zorgplicht voor de boedel; de gefailleerde dient (bijna) alles in het werk te stellen om de schuldeisers van de boedel zoveel mogelijk te bevredigen en in het verlengde daarvan bijvoorbeeld (samen met de curator) te streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst van de te verkopen activa. Het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2011¹⁵ is in mijn opinie een belangrijk richtsnoer.¹⁶ De Hoge Raad geeft daarin een oordeel over de reikwijdte van de zorgplicht van een bestuurder van een vennootschap jegens de schuldeisers van die vennootschap. Hij bepaalde dat op een bestuurder een extra zorgplicht rust om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers. En dat deze zorgplicht derhalve prevaleert boven een zorgplicht van de bestuurder in een andere hoedanigheid. Mijn conclusie is dat de bestuurder van gefailleerde, of gewoon de gefailleerde, juist in geval van faillissement waarbij het risico op het onbetaald blijven van de vorderingen van de schuldeisers het grootst is, de extra zorgplicht heeft om de belangen van de schuldeisers te behartigen. Dit is wat mij betreft de invulling van de verplichting om ook eigener beweging inlichtingen te verstrekken die van belang zijn voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel.

14. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, gepubliceerd op 14 juli 2015, p. 4.

15. HR 11 februari 2011, *JOR* 2011/114, m.nt. mr. drs. W.J.M. Van Andel, ECLI:NL:HR:2011:BO9577.

16. Ph.W. Schreurs, 'A Corporate Cloak, De bijzondere zorgplicht van de bestuurder na faillissement' in: J.G. Princen en A. van der Schee, *INSOLAD Jaarboek 2011*, Deventer: Kluwer 2011, p. 227.

De conclusie is dat de (bestuurder van) gefailleerde volledig dienstbaar moet zijn om het faillissement zo efficiënt en zo spoedig mogelijk af te wikkelen. Hij moet alle inlichtingen verstrekken die daartoe kunnen dienen; hij moet meewerken en meedenken, en in dat proces de belangen van de schuldeisers (in een belangenconflict) laten prevaleren. De vastlegging en verduidelijking van de medewerking- en inlichtingenverplichting is echter geen nieuwe wetgeving. Het is een codificatie¹⁷ van de rechtspraak. Dat deze verplichting an sich de efficiënte afwikkeling van het faillissement ten goede komt, onderschrijf ik. Zoals ik hierboven al aangaf, is de curator voor een efficiënte afwikkeling van de boedel (sterk) afhankelijk van de medewerking van de gefailleerde en de inlichtingen die door hem worden verstrekt. Dat de wetgever ervoor gekozen heeft om deze verplichting te expliciteren is dan ook zinvol, maar het is niet nieuw: dat de gefailleerde de (persoonlijke) verplichting heeft om mee te werken aan de afwikkeling van de boedel is al vastgesteld in 1983.¹⁸ Een verandering op het gebied van fraudebestrijding is dus niet te verwachten als gevolg van deze wetswijziging.

Artikel 68 lid 2 Fw brengt curator in spagaat en verschaft gefailleerde zwijgrecht

Wat nieuw is, is dat de curator een extra wettelijke taak¹⁹ toebedeeld heeft gekregen om fraude te signaleren en verplicht is om eventueel aangifte te doen. Het borduurt voort op de geëxpliciteerde medewerkings- en inlichtingenverplichting. De gedachte hierachter is als volgt. Omdat de gefailleerde, als gevolg van zijn verplichtingen de curator beter zal informeren, is de curator in staat om zijn fraudesignalerende taak beter te kunnen uitvoeren:²⁰

“dat het wenselijk is de positie van de curator te versterken ten behoeve van de bestrijding van faillissementsfraude en de bestrijding van de maatschappelijke schade van faillissementen door zowel de informatiepositie van de curator te verbeteren door de inlichtingen- en medewerkingsplichten alsmede de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissementen

17. Mrs. H.J. de Kloe en F. Ortiz Aldana, ‘Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?’, *Ondernemingsrecht* 2018/1-2.

18. HR 23 december 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4724, m.nt. E.A. Alkema en W.C.L. Van der Grinten. In dit arrest is bepaald dat de gefailleerde moest meewerken aan een psychiatrisch onderzoek; in verband met een afgesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering zou dit kunnen leiden tot een aanzienlijke vermindering van het passief.

19. Artikel 68 lid 2 Fw.

20. *Stb.* 2017/214, gepubliceerd op 31 maart 2017, Wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator).

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

te verduidelijken en te versterken, als door te voorzien in een vervolgproucedure voor de gevallen waarin de curator onregelmatigheden in een faillissement signaleert.”

Deze ‘versterking’ van de positie van de curator is derhalve met name bedoeld om faillissementsfraude en de daardoor veroorzaakte schade te bestrijden. Hoe deze inlichtingen- en medewerkingsplicht en de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissement een positief effect heeft op de bestrijding van faillissementsfraude is bij de totstandkoming van de wet niet nader uitgewerkt. Wel wordt in de memorie van toelichting²¹ vermeld: ‘Het spreekt voor zich dat hij hiermee beter onregelmatigheden kan signaleren en dientengevolge ook de schadelijke effecten hiervan voor de boedel zoveel mogelijk kan beperken’. Daarmee gaat de wetgever wel erg kort door de bocht.

Natuurlijk zal een curator beter onregelmatigheden kunnen vaststellen als de gefailleerde volledig voldoet aan zijn (in de nieuwe wet opgenomen) verplichtingen. Echter, een fraudeur zal in de regel juist niet aan die verplichtingen (willen) voldoen. Fraude is immers een vorm van bedrog, waarbij zaken vaak, digitaal of op papier, anders worden voorgesteld dan ze zijn.²² Met andere woorden, een faillissementsfraudeur zal niet, ondanks zijn (sterkere) verplichting daartoe, de curator wijzen op hetgeen hij eerder onjuist heeft vastgelegd. En zeker niet als de curator de taak heeft om faillissementsfraude te signaleren en hiervan aangifte te doen.

Spagaat tussen boedelbelang en ijdele fraudebestrijdingsplicht

Hoewel in de memorie van toelichting deze wettelijke uitbreiding van de taak van de curator meer als een codificatie van de uitvoering van zijn werkzaamheden is gepresenteerd,²³ meen ik dat deze uitbreiding verstrekkende gevolgen heeft voor de status van de curator.

De wetgever geeft hierover aan:

*“Ten tweede voorziet dit wetsvoorstel in de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator en in een versterking hiervan door te voorzien in vervolgstappen voor de curator als hij in het faillissement onregelmatigheden signaleert.”*²⁴

21. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, gepubliceerd op 14 juli 2015, p. 5.

22. <https://nl.wikipedia.org/wiki/Fraude>.

23. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3.

24. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, gepubliceerd op 14 juli 2015, p. 1.

Wat betekent dit voor de hoedanigheid van de curator? De curator is op de eerste plaats een behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en hij handelt krachtens een eigen, hem door de wet toegekende bevoegdheid.²⁵ Deze bevoegdheid is niet nader omschreven anders dan in artikel 68 Fw. Uit de memorie van toelichting²⁶ bij artikel 68 Fw blijkt dat de curator een uitgebreide bevoegdheid verkrijgt die hij in het belang van de schuldeisers, maar ook ten behoeve van de gefailleerde, dient uit te oefenen. Het geeft de curator een flinke dosis beleidsvrijheid die haar begrenzing met name vindt in de (wettelijke) regels.²⁷

Met de Wet versterking positie curator is de taak uitgebreid met een lastgeving tot het signaleren van fraude. Deze uitbreiding van de taak is opgenomen in artikel 68 lid 2 Fw en luidt als volgt:

“De curator:

- a. beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot;*
- b. informeert hierover de rechter-commissaris vertrouwelijk; en*
- c. doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.”*

De curator krijgt expliciet de taak om te onderzoeken of er sprake is van strafbare feiten. En als dat inderdaad door hem wordt geconstateerd, doet hij aangifte of melding²⁸ hiervan bij de bevoegde instanties. Hoewel er nog enige ruimte is om op basis van zijn beleidsvrijheid hiervan af te wijken, kan de rechter-commissaris hem gelasten toch aangifte te doen.

Faillissementsfraude zelf is, zie ook voetnoot 9, niet gedefinieerd, maar ook de termen ‘wettelijke institutionalisering’, ‘fraudesignalerende rol’ en het in artikel 68 lid 1 Fw opgenomen ‘bezien’ zijn weinig concreet. Er zijn, ook in de memorie van toelichting, geen concrete richtlijnen opgenomen waar het

25. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, ‘De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?’, in: *De curator, een octopus* 1996, p. 172.

26. *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Serie onderneming en recht deel 2-II, Kluwer, Deventer, p. 9.

27. Zie het arrest *Prakke/Gips*. HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65, m.nt. Spinath.

28. In artikel 68 lid 2 sub c Fw wordt dus een alternatief gegeven: aangifte of melding. Het verschil tussen beide begrippen is diffuus. Een aangifte is immers vormvrij, ik hanteer derhalve slechts het begrip aangifte.

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

onderzoek naar onregelmatigheden aan moet voldoen.²⁹ Nu de wetgever heeft gekozen voor de term ‘bezien’ constateer ik dat de curator, afhankelijk van de aard van het faillissement, veel beleidsvrijheid heeft gekregen in hoe hij deze nieuwe taak uitvoert en welke gevolgen hij hieraan verbindt. Dit laatste blijkt ook uit de memorie van toelichting: “slechts als de geconstateerde onregelmatigheden qua aard en omvang dermate ernstig zijn, is aangifte geboden.”³⁰ Ook dit is weinig concreet.

Ik ben van mening dat de nieuwe taak niet veel wijzigingen zal aanbrengen in de uitvoering van zijn wettelijke aanstelling als curator. Uit hoofde van de taak ‘beheer’ verzamelt de curator al zoveel mogelijk objectieve informatie om de omvang van de boedel te beoordelen. Dit is inclusief of er vorderingen jegens derden (moeten) worden ingesteld. In dit onderzoek constateert de curator regelmatig dat er sprake is van (faillissements)fraude. Dit kan blijken uit de schending van de medewerking- en inlichtingenverplichting van de gefailleerde, maar ook dat er onrechtmatige inbreuken zijn geweest op de omvang van de boedel als gevolg van bijvoorbeeld een paulianeuze rechtshandeling. Nu is hij echter verplicht om de vertaalslag te maken of deze handelingen, of juist het gebrek eraan, tevens een strafbaar feit opleveren. En als dit zo blijkt te zijn, zal hij aangifte moeten doen.

De reden dat een curator niet (altijd) overgaat tot het doen van aangifte, vindt zijn oorzaak in het feit dat dit niet per definitie gunstig is voor de boedel. Het is te vaak voorgekomen dat een curator aangifte heeft gedaan van een onmiskenbare fraude en dat hij geen (adequate) reactie ontving. Bij de opsporingsinstanties is in alle geledingen onvoldoende capaciteit om de aangegeven faillissementsfraude te onderzoeken en eventueel te vervolgen. De opsporing en vervolging van faillissementsfraude is zeer arbeidsintensief en vereist daarnaast veel kennis van het faillissementsrecht en de gepleegde inbreuk daarop. Mijns inziens ontbreekt deze kennis op cruciale plaatsen in de opsporings- en vervolgingsketen. En juist deze expertise zou binnen het OM en de opsporingsinstanties breed aanwezig moeten zijn om binnen de strafrechtelijke onderzoeken te kunnen sturen op het gebied van faillissementsfraude.

Bij het Functioneel Parket en de FIOD³¹ is die kennis en kunde wel aanwezig, maar bij de lokale parketten, die belast zijn met de opsporing van de relatief

29. Voor een invulling van het oorzakenonderzoek en de omvang daarvan: mr. L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?’, *TvI* 2018, p. 265.

30. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, gepubliceerd op 14 juli 2015, p. 5.

31. De capaciteit van de FIOD wordt echter besteed aan enkele (grote) strafrechtsonderzoeken.

eenvoudige faillissementsfraude, is dit onvoldoende. Op dit moment verdwijnen de meeste aangiften in het voorlopige archief van de politie. En het zijn juist die zaken die de curator kunnen helpen om de verdwenen activa weer tot de boedel te kunnen voegen. De faillissementsfraudeur gaat vrijuit.

Mocht een aangifte wel worden opgepakt en een onderzoek worden ingesteld, dan is dit geen garantie voor succes. Het is (lang) afwachten waarbij de curator geen enkele invloed heeft of kan uitoefenen op het strafrechtelijk onderzoek. Vanwege het gebrek aan capaciteit worden onderzoeken klein gehouden en wordt er niet gerechercheerd in het belang van de boedel, maar is het gericht op het bewijzen van de geschonden norm. Met andere woorden: het strafrecht-traject is voor de curator een black box en dat nodigt niet uit tot het doen van aangifte omdat dit werkzaamheden oplevert die niet meestal niet vergoed worden en waarvan het maar afwachten is om deze werkzaamheden enig resultaat zullen hebben. De Wet versterking positie curator brengt geen wijziging aan in deze belangrijke reden waarom de curator niet genegen is om aangifte te doen.

Het opnemen van de verplichting tot het doen van onderzoek en het doen van aangifte indien er onregelmatigheden zijn geconstateerd, zal het voortdurende capaciteitsprobleem bij het OM en de opsporingsinstanties niet kunnen oplossen. De nieuwe wetgeving lijkt erop gericht om de curator strafrechtelijk vooronderzoek te laten doen. De aangifte is dan een ‘hapklare brok’ die door de opsporingsinstantie kan worden beoordeeld. Hiermee zitten we echter op het verkeerde spoor.

De frauderende gefailleerde kan nu geoorloofd zwijgen

Fundamentele rechten³² van de mens lijken in de knel te komen als de gefailleerde enerzijds alle inlichtingen aan de curator moet geven en anderzijds de curator een taak heeft om faillissementsfraude te bestrijden. Blijkt uit deze wet dat de gefailleerde moet meewerken aan zijn eigen veroordeling, stel dat hij heeft gefraudeerd? Dit zou een schending van de rechten van een verdachte opleveren, namelijk het recht om niet mee te hoeven werken aan je eigen veroordeling, oftewel het nemo-teneturbeginsel. Het zwijgrecht is de belangrijkste uitwerking hiervan.

32. Zie ook: mr. J.C. Van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten*, Den Haag, Boom juridische uitgevers.

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

Bij de totstandkoming van de Wet versterking positie curator heeft de wetgever, op verzoek van onder meer de Raad voor de Rechtspraak, de politiek, Nederlandse Orde van Advocaten en INSOLAD, zich uitgelaten³³ over de verhouding tussen deze nieuwe wet en het nemo-teneturbeginsel. Wat daarbij opvalt is dat de wetgever bij beantwoording van de vraag of er sprake kan zijn van een conflict tussen de versterkte inlichtingenverplichting en het zwijgrecht het verband tussen de inlichtingenverplichting enerzijds en het zwijgrecht anderzijds loslaat.³⁴

“Het nemo-teneturbeginsel komt pas in beeld als het, na een eventuele aangifte, tot een daadwerkelijke strafvervolgning komt. Het beginsel stelt dan grenzen aan de wijze waarop bepaalde bewijsstukken mogen worden gebruikt. De rechten van betrokkene, waaronder het nemo-teneturbeginsel, worden dan ten volle gewaarborgd door een rechterlijke toets.”

De wetgever kiest bij beantwoording van dit probleem met name voor een andere invalshoek, namelijk het feit dat de inlichtingen- en medewerkingsverplichting (voornamelijk) een functioneel karakter hebben, gericht op het vaststellen van de omvang van de boedel en het beheer en de vereffening daarvan. Maar dat is niet juist; de wetgever heeft deze nieuwe wet juist in het leven geroepen om faillissementsfraude beter te kunnen bestrijden. En juist omdat de wet versterking positie curator een tweetrapsraket betreft (medewerkingsverplichtingen gefailleerde en onderzoeks- en aangifte verplichting curator), komt hiermee het zwijgrecht steeds meer in het gedrang. Ik zal hieronder eerst de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel beschrijven. Vervolgens zal ik dit beginsel afzetten tegen de inlichtingenverplichting van een gefailleerde jegens een curator die de wettelijke taak heeft om fraude te signaleren.

Nemo-teneturbeginsel

Niemand is gehouden tegen zichzelf bewijs te leveren en niemand kan worden gedwongen om aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Het zwijgrecht is het belangrijkste onderdeel van dit uitgangspunt. Dit beginsel, beter bekend als nemo tenetur prodere se ipsum, dient onder meer ter waarborging van de onschuldpresumptie, dat onder meer met zich brengt dat de bewijslast ligt bij de

33. *Kamerstukken I* 2016/17, 34253, C, memorie van antwoord: Op het nemo-teneturbeginsel, zijnde het door artikel 6 EVRM geborgde verbod op gedwongen zelfincriminatie, is in de schriftelijke stukken bij de behandeling in de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, § 6.2 alsmede *Kamerstukken II* 2015/16, 34263, 6, § 3 en 6) evenals tijdens het wetgevingsoverleg van 12 december 2016 uitvoerig ingegaan.

34. *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, 6, gepubliceerd op 25 augustus 2016, p. 5.

vervolgende instantie. Dit beginsel valt onder het recht op een eerlijk proces dat is vastgelegd in artikel 6 EVRM.

Dit nemo-teneturbeginsel is niet een absoluut recht; het strekt zich alleen uit over mondeling dan wel schriftelijk bewijsmateriaal dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Kort gezegd kan wilsafhankelijk materiaal niet worden afgedwongen ter verkrijging van bewijs voor een strafzaak en wilsonafhankelijk materiaal wel. In zijn uitspraak van 17 december 1996 (*Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*) heeft het EHRM³⁵ overwogen dat het verbod op gedwongen zelfincriminatie samenhangt met het zwijgrecht, hetgeen meebrengt dat dit verbod zich niet uitstrekt tot het gebruik van bewijsmateriaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte. Het wilsonafhankelijk materiaal bestaat dus geheel los van de vraag of de verdachte daarover verklaart. Men moet hierbij denken aan schriftelijke stukken zoals administratie, bankrekeningafschriften, brieven, e-mails, etc. Wilsonafhankelijk materiaal kan worden afgedwongen (door middel van opsporingsbevoegdheden zoals een (huis)zoeking, vordering uitlevering en/of een vordering afgifte) en als bewijs worden gebruikt. Uitgangspunt is dat de enkele noodzaak tot medewerking van de verdachte om documenten te verstrekken, niet betekent dat bewijsmateriaal als ‘wilsafhankelijk bewijsmateriaal’ moet worden aangemerkt.³⁶

Het recht om niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken concentreert zich derhalve met name op het zwijgrecht en op documenten die bestaan afhankelijk van de wil van de verdachte. Wilsafhankelijk materiaal betreft verklaringen zoals bekentenissen of het geven van een uitleg of een toelichting op (geconstateerde) strafbare gedragingen. Ook het – op papier – stellen van een reconstructie of het beschrijven van bepaalde gebeurtenissen is materiaal dat als wilsafhankelijk kan worden gekwalificeerd.³⁷

Criminal charge

Het beroep op het recht om niet te hoeven meewerken aan zijn eigen veroordeling komt iemand toe zodra er sprake is, of zou kunnen zijn, van een criminal charge. Met andere woorden: degene die kan en mag vermoeden dat zijn verklaringen tegen hem worden gebruikt in een rechtszaak, aangespannen door een overheid, heeft het recht om niet mee te werken. Volgens vaste

35. EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/669.

36. HR 26 juni 2018, *NBSTRAF* 2018/251, aflevering 10, 2018, over wils(on)afhankelijk i.c.m. nemo tenetur.

37. Zie CBB 4 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:444, r.o. 12.

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

jurisprudentie³⁸ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vangt het tijdstip waarop sprake is van een criminal charge uiterlijk aan op het moment dat de bevoegde autoriteit de betrokkene kennisgeving doet van het feit dat hij of zij verdacht wordt van het plegen van een strafbaar feit.

Dit lijkt een relatief eenvoudig te bepalen moment. Maar het knelt met name in situaties, zoals ook in het fiscale recht, waarin er een verplichting bestaat om inlichtingen te verstrekken waaruit (later) afgeleid wordt dat er strafbare feiten zijn gepleegd. Met deze informatie wordt dan een criminal charge geformuleerd. Met deze (late) aanvangstermijn van het begrip criminal charge wordt volgens Wijsman³⁹ aanvaard dat de verdachte al een wezenlijk deel van het voor een veroordeling benodigde bewijs kan hebben verstrekt. Want voordat er een *criminal charge* plaatsheeft kan de verdachte al verklaringen hebben afgelegd die nadien belastend blijken te zijn voor hemzelf. Wijsman meent dat in sommige gevallen de kennisgeving dat er een verdenking is gerezen een te laat moment is om het recht op het zwijgrecht effectief in te kunnen zetten.

Wijsman verwijst naar de zaak *Weh*⁴⁰ waarin is geoordeeld dat in geval van een dilemma om enerzijds mee te werken aan het verstrekken van inlichtingen en anderzijds de dreiging van een bestraffing als gevolg van een weigering tot nakoming van deze verplichting, het punt van de *criminal charge* al bereikt is.

Hoe werkt dit nu inzake een faillissementssituatie? Uitgangspunt is dat de gefailleerde in absolute zin verplicht is om alle inlichtingen te verstrekken, waaronder alle schriftelijke stukken die van belang zijn, of kunnen zijn, voor het beheer en vereffening van de boedel. Deze inlichtingenverplichting⁴¹ is met de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator verduidelijkt zodanig dat naast het geven van inlichtingen ook alle medewerking verleend moet worden aan de curator. De gefailleerde dient, op basis van deze inlichtingen- en medewerkingsverplichting alle informatie te verstrekken, zowel gevraagd als ongevraagd. Doet hij dit niet, dan is dat strafbaar gesteld in artikel 194 Sr. Maar is het ook geen dilemma voor de gefailleerde die enerzijds verplicht is om alle informatie te verschaffen die de curator nodig heeft voor de afwikkeling van het faillissement, en anderzijds zichzelf niet

38. EHRM 27 februari 1980, *Series A* 35, *NJ* 1980/561, p. 24, § 46 (*Deweert vs. Belgium*).

39. L.C.A. Wijsman, *Nemoteneturbeginsel in belastingzaken, fiscale monografieën nr. 150*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 6.5.3.

40. EHRM 8 april 2004, 38544/97 (*Weh and Weh vs. Austria*).

41. *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Serie onderneming en recht deel 2-II, Deventer: Kluwer, p. 69, Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord bij artikel 105 Fw. *Men mag het geven van inlichtingen den eersten plicht van ieder failliet noemen*.

wenst te incrimineren en recht heeft om niet te hoeven meewerken aan zijn eigen veroordeling? Moet hij gevraagd en/of ongevraagd aan de curator meedelen dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan strafbare feiten? Als dat zo is, zou hij zijn recht, op grond van artikel 6 EVRM, namelijk het recht om niet mee te hoeven werken om tegen zichzelf bewijs te leveren, niet effectief kunnen inzetten.

Zoals hierboven al opgemerkt is hier, bij de totstandkoming van de Wet versterking positie curator, al de nodige aandacht aan besteed. Ook in de literatuur⁴² is hier al veel over geschreven, waarbij ik vaststel dat dit dilemma met name wordt getoetst aan de belangrijkste uitspraak op dit gebied, te weten het arrest dat de Hoge Raad op 24 januari 2014⁴³ heeft gewezen.

Hoge Raad 24 januari 2014 (G./mr. Ruding q.q.)

De casus die tot dit arrest leidde is als volgt. De gefailleerde weigerde om informatie te verstrekken aan een curator die had aangekondigd om, indien daartoe aanleiding bestond, aangifte van faillissementsfraude te doen. De gefailleerde beriep zich op zijn zwijgrecht met als gevolg dat hij ex artikel 87 Fw in bewaring werd gesteld. De gefailleerde heeft om opheffing van deze maatregel verzocht omdat hij zijn recht op zelfincriminatie anders niet effectief kon inzetten.

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad, dat het uitoefenen van dwang door gijzeling die erop is gericht failliet ertoe te bewegen te voldoen aan zijn in artikel 105 Fw neergelegde verplichting om de curator alle inlichtingen te verschaffen ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement, geen strijd oplevert met artikel 6 EVRM. De Hoge Raad was zich bewust van het feit dat hiermee ook wilsafhankelijke informatie verstrekt diende te worden die mede kan worden gebruikt voor doeleinden van strafvervolgning. De Hoge Raad erkende dat de gefailleerde zijn zwijgrecht en derhalve zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie dus niet effectief kan inzetten. De Hoge Raad oordeelde dat de nationale autoriteiten (de wetgever) moeten waarborgen dat dit recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief uitgevoerd kan worden. Zolang die waarborg door de wetgever niet is geregeld⁴⁴ bestaan er twee alternatieven. Het eerste alternatief is dat de verkregen inlichtingen slechts gebruikt mogen worden voor de afwikkeling van het faillissement en deze restrictie verbindt de Hoge Raad ook aan het eerder gedane verzoek tot

42. Met name mr. W. Van Nielen

43. *JOR* 2014/251, m.nt. Mr. W.J.B. Van Nielen.

44. Er wordt gewerkt aan een wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering waarin deze waarborg wordt meegenomen.

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

vrijlating. De door de curator verkregen informatie mag hij dus niet gebruiken om aangifte te doen tegen de gefailleerde. En in elk geval zal, indien er toch strafvervolgning komt, de betreffende rechter die over de bestraffing beslist, moeten oordelen welk gevolg aan de schending moet worden verbonden.

Mijns inziens schept de Hoge Raad een duidelijk kader: de (wilsafhankelijke) inlichtingen die de gefailleerde geeft, mogen niet worden gebruikt voor het doen van een aangifte tegen de gefailleerde. Hij kan immers zijn zwijgrecht niet effectief inzetten. De inlichtingen ‘mogen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van afwikkeling van het faillissement’. Mocht deze informatie wel worden gebruikt voor het doen van aangifte, dan, zo schrijft de Hoge Raad voor, moet de strafrechter al deze informatie uitsluiten van bewijs. Dit geldt ook voor de informatie die verkregen is naar aanleiding van de door de gefailleerde verstrekte informatie.⁴⁵ Indien de gegeven informatie (uiteindelijk) aanleiding heeft gegeven als ‘startinformatie’ om een strafrechtelijk onderzoek in te stellen, kan het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk worden verklaard.

De belangrijkste constatering is dat de inlichtingenverplichting strijdig is met zijn zwijgrecht. En om dit nog enigszins werkbaar te houden is er bij deze uitspraak gekozen voor twee lapmiddelen. Het eerste middel is dat de informatie niet tegen de gefailleerde in een strafproces worden gebruikt. De curator moet deze restrictie ook verbinden aan de ontvangen informatie en zal dit desgewenst ook jegens de gefailleerde moeten garanderen. Omdat dit natuurlijk niet waterdicht is, zal in het geval dat de informatie toch wordt gebruikt, de strafrechter hieraan consequenties verbinden.

Belangrijk is ook te vermelden dat de rechtbank in deze rechtsgang de volgende overweging heeft opgenomen in haar beschikking tot afwijzing van het verzoek tot opheffing van de inbewaringstelling:

“Het is goed voorstelbaar dat de door de curator en de rechter-commissaris in zijn faillissement verlangde informatie [de gefailleerde] strafrechtelijk (verder) kan belasten, maar hij bevindt zich niet in de positie dat hij als verdachte wordt gehoord in de zin van artikel 29 Wetboek van strafverordering. De gefailleerde wordt immers niet door een opsporingsambtenaar of verhorende rechter als verdachte vragen gesteld betreffende zijn betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit en hij kan zich dan ook niet

45. Dit betreft het leerstuk van de verboden vruchten (fruits of the poisonous tree). Artikel 359a Sv schrijft voor dat er een causaal verband moet bestaan tussen de normschending en het verkregen bewijsmateriaal.

beroepen op het zwijgrecht van een verdachte. Dat zou anders zijn als de rechter-commissaris of de curator zouden optreden onder regie van politie/justitie om de waarborgen van artikel 29 Sv te omzeilen. Daarvan is echter geen sprake omdat de curator te kennen heeft gegeven, dat de gedragingen [van de gefailleerde] zouden kunnen leiden tot een strafrechtelijke aangifte maar dat het op dit moment nog niet zover is."

Deze overweging is – in het licht van daarna ingevoerde Wet versterking positie curator – interessant. Artikel 29 lid 2 Sv bepaalt dat de verdachte niet tot antwoorden is verplicht. De gefailleerde wordt door de curator niet als verdachte vragen gesteld betreffende zijn betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit, maar het omgekeerde is wel aan de orde. De gefailleerde moet aan de curator alle inlichtingen geven, die benodigd zijn om het faillissement af te wikkelen. Met invoering van de Wet versterking positie curator heeft de curator nu de wettelijke taak gekregen om daarbij 'te bezien' of er sprake is van onregelmatigheden en doet hiervan aangifte. Als de gefailleerde zichzelf heeft geïncrimineerd, dan komt die informatie dus automatisch terecht bij de opsporingsinstantie. Feitelijk is dit een omzeiling van artikel 29 Sv omdat de gefailleerde een verklaring moet afleggen op grond van een wettelijke verplichting die, zoals de Hoge Raad al heeft geconstateerd, in strijd is met het nemo-teneturbeginsel. De wetgever heeft derhalve een constructie opgezet dat een gefailleerde inlichtingen moet verschaffen jegens de curator, die, indien uit die inlichtingen blijken dat er sprake is van strafrechtelijk handelen, aangifte moet doen.

De inlichtingenverplichting dient de gefailleerde jegens de curator na te komen zodat hij in de gelegenheid kon worden gesteld om de boedel te beheren en te vereffenen, zoals het artikel 68 lid 1 Fw luidt. De Hoge Raad verbindt aan deze verplichting de restrictie dat de curator deze informatie slechts voor de afwikkeling van de boedel mag gebruiken. Onder het 'oude' recht, en de Hoge Raad heeft zijn arrest ook onder dit oude recht gewezen, had de curator dan desgewenst een soort van garantie kunnen en moeten afgeven waaruit zou blijken dat de door hem verkregen wilsafhankelijke informatie niet zou worden gebruikt bij het opstellen van een aangifte. Mocht dit toch gebeuren, dan zou de strafrechter hieraan consequenties (lees: uitsluiting van bewijs en de daarmee verkregen informatie) kunnen verbinden.

Maar met de wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator, en de daarbij behorende verplichting tot het doen van aangifte, al dan niet op aanwijzing van de rechter-commissaris, is de curator niet meer in staat om die garantie af te geven. Hij is immers belast met een onderzoek naar fraude

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

en hij zal die bevindingen met de rechter-commissaris moeten delen. De curator is een verkapt opsporingsambtenaar, een fraudebestrijder die zijn bevindingen verplicht in een aangifte meeneemt. De bevindingen van de curator kunnen dan het startpunt vormen voor nader strafrechtelijk onderzoek door de opsporingsinstanties, aldus de wetgever.⁴⁶

Welk recht gaat voor? Het recht om niet mee te hoeven werken aan je eigen veroordeling of de verplichting om alle inlichtingen aan de curator te verstrekken? Ik ben van mening dat het verbod op zelfincriminatie prevaleert. De curator heeft immers de wettelijke taak om een fraudeonderzoek in te stellen en is verplicht hiervan aangifte te doen. De curator is hierdoor niet (meer) in de positie dat hij de informatie slechts kan gebruiken ter afwikkeling van het faillissement en kan de gefailleerde geen garantie geven dat de inlichtingen niet worden gebruikt in een strafrechtelijk onderzoek. Als gevolg van deze wijziging in de Faillissementswet heeft de gefailleerde tegenover de curator zwijgrecht. Hij moet zijn recht om niet mee te hoeven werken aan zijn eigen veroordeling (of beter: het verbod op zelfincriminatie) effectief kunnen inzetten en dit kan hij alleen door zijn zwijgrecht direct in stelling te brengen. De wetgever heeft met de invoering van de Wet versterking positie curator het paard achter de wagen gespannen.

Hoe deze knoop te ontwarren?

Belangrijk is dat de wetgever weer gaat denken vanuit de bevoegdheden zoals deze van oudsher gelden. De belangrijkste pijler om faillissementsfraude te bestrijden is opsporing en vervolging door het Openbaar Ministerie dat leiding geeft aan de Politie en FIOD. Deze instanties zullen gewoonweg op vlieghoogte moeten worden gebracht. Het capaciteitsprobleem is overigens niet beperkt tot de bestrijding van faillissementsfraude. Er is al decennia een tekort aan mankracht bij recherche.⁴⁷

De verplichting om aangifte te doen indien de curator onregelmatigheden constateert zal niet resulteren in een verbeterde bestrijding van faillissementsfraude. Er moet worden gekeken naar de reden waarom de curator geen aangifte doet voordat hij hiertoe de verplichting krijgt.

46. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, gepubliceerd op 14 juli 2015, p. 5.

47. M. Princen, *De gekooide recherche, het ware verhaal achter de matige prestaties van de Nederlandse opsporing*, Amsterdam: Prometheus 2015.

De curator is, vanuit zijn taak om de boedel te beheren en te vereffenen, gemotiveerd om aangifte van strafbare feiten te doen indien dit in het belang is van de boedel. Zoals ik hierboven al aangeef, is dat op dit moment vaak niet het geval. Ik pleit ervoor dat de curator invloed krijgt bij een strafrechtelijk onderzoek met als doel de boedel te reconstrueren. Ook zijn kennis van het faillissementsrecht en de (civielrechtelijke) inbreuk daarop kan worden ingezet in een strafrechtelijk onderzoek. Ook kan het Openbaar Ministerie wel wat scheutiger zijn met het verstrekken van informatie die voor de curator verborgen blijven. Dit kan bijvoorbeeld doordat hij inzicht krijgt in bankrekeningen van derden waarvan het vermoeden bestaat dat hierop gelden van de boedel gestald zijn (geweest). De Officier van Justitie kan dan bepalen of deze informatie ook daadwerkelijk wordt verstrekt. Juist indien de gefailleerde niet de (objectief verifieerbare) informatie aan de curator verstrekt, zal op andere wijzen deze informatie moeten worden verkregen. Dan snijdt het mes aan twee kanten: de curator kan goed onderzoeken of de boedel is benadeeld en het Openbaar Ministerie verkrijgt de informatie die zij graag wenst. Bovendien hoeft de gefailleerde niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling.

De curator en het Openbaar Ministerie dus zullen echt de handen ineen moeten slaan. Het boedelbelang en het maatschappelijk⁴⁸ belang gaan samen op, en met gebundelde kracht kan er veel meer aan fraudebestrijding worden gedaan dan afzonderlijk. De wetgever heeft deze noodzaak tot samenwerking ook wel geconstateerd,⁴⁹ maar heeft het wetsvoorstel in dat opzicht ‘bewust voorzien van slechts enkele globale kaders, opdat de praktijk die zo flexibel en praktijkgericht mogelijk kan invullen’. Het lijkt mij dat hiermee de deur openstaat om informatie te gaan delen die gericht is op het effectief bestrijden van faillissementsfraude. Voorwaarde voor succes is wel dat hiervoor meer capaciteit wordt vrijgemaakt bij zowel het OM als bij de politie en FIOD.

Conclusie

Het feit dat een gefailleerde zwijgrecht heeft is een niet-bedoeld neveneffect van de nieuwe wetgeving. Of eigenlijk een niet-gewenst effect; de wetgever hanteert echter een struisvogelstrategie. Er is bij de beantwoording van de kritische vragen over het nemo-teneturbeginsel zeer flexibel omgegaan met de reikwijdte van de inlichtingenverplichting, waarbij slechts is gewezen op de civielrechtelijke functie hiervan. Helder is dat als je de inlichtingenverplichting van de gefailleerde jegens de curator ‘versterkt’ en de curator een taak geeft die

48. In de vorm van fraudebestrijding.

49. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 5-6, 14 juli 2015.

De rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?

wordt omschreven als een ‘wettelijke institutionalisering van de fraudesignalerende rol van de curator’ dat de rechten van de strafbare gefailleerde in het gedrang komen. Nu de gefailleerde zwijgrecht toekomt heeft de wetgever hiermee in het kader van de fraudebestrijding het paard achter de wagen gespannen.

De drie nieuwe wetten zullen geen van alle een positief verschil maken in de opsporing en vervolging van faillissementsfraude. De uitvoering om de curator een spilfunctie te geven in de bestrijding van faillissementsfraude lijkt logisch (omdat hij nu eenmaal dicht op het vuur zit), maar is in de praktijk onwerkbaar (geworden). De combinatie van een civielrechtelijke functie om de boedel van de gefailleerde te beheren en te vereffenen ten behoeve van de schuldeisers, met een strafrechtelijke last om fraude te bestrijden is in de praktijk onuitvoerbaar.

Faillissementsfraude is een maatschappelijk probleem dat niet door de curator kan worden opgelost. In het verleden is al gebleken dat het Openbaar Ministerie en de opsporingsinstanties niet bij machte waren om het probleem aan te pakken, vanwege een gebrek aan capaciteit en kennis. Capaciteitsuitbreiding is een absolute voorwaarde om een vuist te kunnen maken. De oplossing om het gebrek aan kennis aan te pakken ligt onder meer in een goede samenwerking tussen de curator en het OM. Het gezamenlijke belang is aanwezig, de deur staat op een kier, nu nog het lef om de wissels om te zetten.

Met de deur in huis vallen? Over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator

*H.J. DE KLOE*¹

1. Inleiding

De Faillissementswet geeft de curator vergaande bevoegdheden. Eén daarvan is de bevoegdheid van artikel 93a Fw om elke plaats te betreden, waaronder een woning. Voor het betreden van een woning is wel een machtiging nodig van de rechter-commissaris. De bevoegdheid van de curator tot het betreden van een woning gaat ver, omdat hiermee inbreuk wordt gemaakt op het huisrecht dat is neergelegd in artikel 12 Gw en artikel 8 EVRM. Daarom is het betreden van een woning omgeven met meer waarborgen dan het betreden van andere plaatsen. Deze waarborgen voor het betreden van een woning zijn deels opgenomen in artikel 12 Gw. In de Algemene wet op het binnentreden (Awbi)² zijn de waarborgen uit de Grondwet uitgewerkt en worden ook andere waarborgen gegeven. De Awbi is van toepassing op onder meer de politie, deurwaarders, toezichthouders, maar ook op curatoren.

In de literatuur zijn niet veel bijdragen te vinden over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator. Als deze bevoegdheid wordt besproken, is dat regelmatig in het kader van een ruimer onderwerp en/of vanuit een specifiek perspectief.³ In de praktijk bestaat daarom onduidelijkheid en verdeeldheid over de omvang van de binnentredingsbevoegdheid van de curator op grond van artikel 93a Fw. Sommigen zijn van mening dat de curator slechts de bevoegdheid tot binnentreden heeft, terwijl anderen de bevoegdheid van de curator breder zien en van mening zijn dat de curator ook de bevoegdheid heeft plaatsen te doorzoeken.⁴

-
1. Erik de Kloe is docent ondernemings- en faillissementsrecht bij de sectie Handels- en Ondernemingsrecht & Financieel Recht van de Erasmus School of Law.
 2. De Algemene wet op het binnentreden wordt ook wel afgekort tot Awob.
 3. Zie bijvoorbeeld W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13 in het bredere kader van de bevoegdheden van de curator en J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 38-41 in het kader van artikel 8 EVRM.
 4. Dit volgt uit een enquête die is gehouden onder tien curatoren. Zie over deze enquête verder het vervolg van de inleiding.

De Awbi en artikel 93a Fw sluiten aan bij artikel 12 Gw. Het huisrecht is als grondrecht niet alleen opgenomen in de Grondwet, maar ook in het EVRM. In artikel 12 Gw en artikel 8 EVRM is beide het huisrecht opgenomen, maar de reikwijdte van het huisrecht uit artikel 8 EVRM is ruimer dan de reikwijdte van artikel 12 Gw. Daarnaast is een inbreuk op het huisrecht van artikel 8 EVRM slechts toegestaan als sprake is van bepaalde rechtvaardigingsgronden, terwijl artikel 12 Gw een inbreuk reeds toestaat als dit bij of krachtens de wet is bepaald. Ook over de verhouding tussen de binnentredingsbevoegdheid van de curator en artikel 8 EVRM is weinig bekend.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is hoe ver de binnentredingsbevoegdheid van de curator reikt en of de reikwijdte van deze bevoegdheid ruim genoeg is. Daarnaast wordt de vraag behandeld of de binnentredingsbevoegdheid van de curator in de Faillissementswet in overeenstemming is met artikel 8 EVRM en of er aanpassingen van de Faillissementswet nodig zijn.

Voor deze bijdrage heb ik een korte schriftelijke enquête gehouden onder tien curatoren, verspreid over acht arrondissementen. Ook is eenzelfde korte enquête gehouden onder vijf rechters-commissarissen, die allen in verschillende arrondissementen werkzaam zijn. De uitkomsten van deze enquêtes zijn anoniem in deze bijdrage verwerkt. De enquête is afgenomen en in deze bijdrage verwerkt om een indruk te krijgen hoe verschillende curatoren omgaan met de bevoegdheid tot binnentreden en welke toets rechters-commissarissen uitvoeren bij het verstrekken van een machtiging tot binnentreden. De resultaten van de enquêtes zijn (slechts) ter illustratie in deze bijdrage verwerkt.⁵

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In § 2 wordt de achtergrond van artikel 93a Fw geschetst en wordt nader ingegaan op de Awbi. § 3 zoomt in op de toets die de rechter-commissaris moet uitvoeren bij het verstrekken van een machtiging en de afwegingen die de curator moet maken bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid tot binnentreden. § 4 schetst wat verstaan wordt onder betreden en beargumenteert of de curator plaatsen slechts mag betreden of ook doorzoeken. In § 5 wordt onderzocht of de binnentredingsbevoegdheid van de curator in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. § 6 sluit af met een conclusie.

5. Hiermee bedoel ik dat geen statistisch verantwoord onderzoek is gedaan met bijvoorbeeld een representatieve en/of aselechte steekproef.

2. Wettelijk kader

In de Faillissementswet is de bevoegdheid van de curator tot binnentreden neergelegd in artikel 93a Fw. Eerst wordt ingegaan op de totstandkoming en het toepassingsbereik van dit artikel. Op het binnentreden in een woning is de Awbi van toepassing. Na de bespreking van artikel 93a Fw wordt daarom ingegaan op de Awbi. In deze paragraaf wordt met name het toepassingsbereik besproken en de formaliteiten waaraan de curator zich moet houden op grond van de Awbi. Het toetsingskader van artikel 93a Fw en de Awbi wordt apart besproken in § 3.

Totstandkoming artikel 93a Fw

De curator heeft op basis van artikel 93a Fw toegang tot elke plaats, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. De curator heeft deze bevoegdheid nodig, omdat hij direct na zijn benoeming dient te zorgen voor bewaring van de boedel (artikel 92 Fw) en zo spoedig mogelijk een boedelbeschrijving op moet maken (artikel 96 Fw). De curator zou die taken niet kunnen uitvoeren zonder dat hij zich de toegang tot de woning en/of het kantoor van de failliet kan verschaffen.⁶ Vanwege de invoering van artikel 12 Gw was een wettelijke grondslag voor deze bevoegdheid tot binnentreden vereist.⁷ Met de invoering van artikel 93a Fw in 1994 is deze specifieke wettelijke grondslag gecreëerd.

Bij de herziening van de Grondwet in 1983 werd het huisrecht neergelegd in artikel 12 Gw. Op basis van artikel 12 lid 1 Gw is binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner alleen geoorloofd als die bevoegdheid bij of krachtens de wet is gegeven. Artikel 12 lid 2 Gw stelt een aantal voorwaarden waaraan moet worden voldaan: de binnentreders moet zich vooraf legitimeren, het doel van het binnentreden meedelen en de bewoner een schriftelijk verslag van het binnentreden verstrekken. Om de wetgeving op het gebied van binnentreden in woningen in overeenstemming met de Grondwet te brengen en om deze wetgeving te harmoniseren, is in 1985 het wetsvoorstel voor de Awbi ingediend bij de Tweede Kamer.⁸ In 1992 is het

6. Hof Arnhem 26 januari 1988, *NJ* 1988/900. Vgl. conclusie A-G Vellinga vóór HR 23 januari 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ3880, § 56-60.

7. Aldus de toelichting, *Kamerstukken II* 1992/93, 22539, 9, p. 2 en 3. Zie echter J.L. Polak, 'Het huisrecht van den gefailleerde', *W.* 9629, p. 3 en 4, waarin het ontbreken van een binnentredingsbepaling ook daarvoor werd gezien als lacune in de Faillissementswet. Volgens Polak was binnentreden in de woning van de failliet, terwijl de failliet de toegang tot de woning expliciet ontzegde, in strijd met het huisrecht dat destijds (1914) was opgenomen in artikel 158 Gw en strafbaar was op grond van artikel 138 Sr.

8. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, 1-3.

wetsvoorstel Wet wijziging van binnentredingsbepalingen ingediend bij de Tweede Kamer, waarin bijzondere wetten in overeenstemming gebracht werden met de Awbi.⁹ Beide wetten zijn in 1994 in werking getreden.¹⁰ Artikel 93a Fw maakte onderdeel uit van de Wet wijziging binnentredingsbepalingen.

Toepassingsbereik artikel 93a Fw

Vóór inwerkingtreding van artikel 93a Fw werd in de jurisprudentie geoordeeld dat de curator de woning van de failliet en bedrijfspanden die tot de boedel behoren mocht betreden. Artikel 93a Fw sluit volgens de toelichting aan bij de destijds in de praktijk gehuldigde opvatting dat de curator op basis van zijn wettelijke taak de bevoegdheid heeft om zo nodig de woning van de gefailleerde zonder zijn toestemming te betreden.¹¹ Artikel 93a Fw is breder, omdat hiermee de bevoegdheid wordt verleend om *alle plaatsen* te betreden. Dat wil dus zeggen dat de curator ook de bevoegdheid heeft om woningen (en andere plaatsen) van anderen dan de failliet te betreden.¹² De bevoegdheid van artikel 93a Fw is niet beperkt tot gebouwen, maar ziet ook op bijvoorbeeld voertuigen.¹³ De voorzieningenrechter bij de Rechtbank Breda overwoog dat het

9. *Kamerstukken II* 1992/93, 22539, 1-3.

10. *Stb.* 1994, 572 en 573.

11. *Kamerstukken II* 1992/93, 22539, 9, p. 2 en 3 met verwijzing naar Hof Arnhem 16 september 1985, *KG* 1985/304. Overigens werd de vordering van de curator tot toegang in de woning van de failliet in eerste aanleg afgewezen (Rechtbank Zutphen (vzr.) 16 juli 1985, *KG* 1985/227). De uitspraak van het hof is gewezen nadat het huisrecht was opgenomen in artikel 12 Gw. Kritisch over de uitspraak van het hof is F. Vellinga-Schootstra in haar annotatie in *NJCM-Bulletin* 1986/2, p. 153-156 en P. Mevis, 'Preventieve observatie geobserveerd', *DD* 1988/3, p. 225, voetnoot 6. Zie ook Hof Arnhem 26 januari 1988, *NJ* 1988/900, waarin werd geoordeeld dat de curator het recht had tot de boedel behorende bedrijfspanden te betreden om de administratie van de schuldenaar te gebruiken, ook als een bedrijfspand aan een derde is verhuurd (i.c. aan de bank als bodemverhuurconstructie).

12. Zo ook B. Wessels, *Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 4361 en F.M.J. Verstijlen, *GS Faillissementswet*, artikel 93a Fw, aant. 1 (online, bijgewerkt t/m 14 oktober 2012). Ook de vijf rechters-commissarissen die meegewerkt hebben aan de enquête, geven desgevraagd aan dat ze indien nodig een machtiging zouden geven voor het binnentreden in de woning van een ander dan de failliet. Zonder nadere motivering anders: J.C. van Apeldoorn, 'Het raakvlak tussen de mensenrechten en het insolventierecht. Over de faillissementscurator en de notie 'openbaar gezag' artikel 8, tweede lid, EVRM', *NTM/NJCM-Bulletin* 2010/4, p. 376 ('Indien de schuldenaar een rechtspersoon is heeft de curator geen recht op toegang tot de woning van de bestuurder en evenmin tot die van schuldeisers of derden').

13. Vgl. de toelichting op artikel 96 Sv, *Kamerstukken II* 1992/93, 23251, 3, p. 17: "Onder 'plaats' kan iedere denkbare plaats worden verstaan: een pakhuis, een schuurtje, een woning, een postkantoor, een bankgebouw, een tuin, een balkon of een vervoermiddel."

begrip ‘plaats’ *“beperkt is tot ruimten in de werkelijkheid en (...) zich niet mede [uitstrekt] tot virtuele ruimten op harde schijven van computers.”*¹⁴ Hiermee is overigens niet gezegd dat de curator hiertoe geen toegang heeft. De bevoegdheid van de curator om computers van derden onder zich te nemen om deze te onderzoeken op administratie van de failliet, werd door deze voorzieningen-rechter afgeleid uit het stelsel van de wet.¹⁵

Toepassingsbereik Awbi

Het overgrote deel van de (vijftien) artikelen uit de Awbi is uitsluitend van toepassing op het binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner (artikel 2 tot en met 11 Awbi). Artikel 1 Awbi is ook van toepassing als een woning mét toestemming van de bewoner wordt binnentreden. Daarnaast bevat artikel 12 Awbi een aantal bijzondere plaatsen waar de curator niet mag binnentreden. Zo mag de curator niet binnentreden in een ruimte waarin religieuze bijeenkomsten worden gehouden wanneer een dergelijke bijeenkomst plaatsvindt.

De Awbi geeft bewust geen definitie van het begrip ‘woning’.¹⁶ Volgens de toelichting op de Awbi is een woning *“een ruimte die tot exclusief verblijf voor een persoon of voor een beperkt aantal in een gemeenschappelijke huishouding levende personen ingericht en bestemd is.”*¹⁷ Of iets een woning is, hangt niet af van de uiterlijke kenmerken, maar van de bestemming van een gebouw of ruimte. Een gebouw dat op het eerste gezicht niet, maar feitelijk wel wordt gebruikt als woning, is een woning in de zin van de Awbi.¹⁸

Een woning kan zich bevinden in een schip, woonwagen of keet. Ook een hotelkamer kan gebruikt worden als woning. Hoelang iemand verblijft in een

14. Rechtbank Breda (vzr.) 31 juli 2008, *RI* 2008/74, r.o. 3.5. Anders: T. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2017, p. 57.

15. Rechtbank Breda (vzr.) 31 juli 2008, *RI* 2008/74. De bevoegdheid van de curator om een laptop van een derde onder zich te nemen wordt door het Hof 's-Hertogenbosch afgeleid uit artikel 92 Fw (Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *JOR* 2012/54). Zo ook (wel met een verwijzing naar artikel 93a Fw) Hof Den Haag 11 maart 2014, m.nt. W.J.B. van Nielen. Zie hierover verder W.J.B. van Nielen, ‘Middelen van de curator bij faillissementsfraude’, *TvI* 2013/13; B. Wessels, *Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 4343a en H.J. de Kloe en F. Ortiz Aldana, ‘Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?’, *MvO* 2018/1-2, p. 50-60.

16. *Kamerstukken II* 1988/89, 19073, 5, p. 12.

17. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, 3, p. 20.

18. HR 19 juni 2001, *NJ* 2001/574.

hotel is daarbij niet zo relevant.¹⁹ Niet van belang is of de bewoner eigenaar is van de woning. Zelfs een kraker, die wederrechtelijk gebruikmaakt van een gebouw, kan een beroep doen op het huisrecht.²⁰ Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen of iets al dan niet een woning is.²¹ Twijfelt een curator hierover, dan doet hij er verstandig aan een machtiging te vragen aan de rechter-commissaris en zich te houden aan de overige procedurevoorschriften van de Awbi.²²

Procedure Awbi

Voordat de curator een woning binnentreedt, of dat nu met of zonder toestemming van de bewoner is, dient hij zich te legitimeren en mededeling te doen van het doel van het binnentreden (artikel 1 lid 1 Awbi). Treedt hij binnen zonder toestemming van de bewoner, dan moet hij indien mogelijk ook de hierna te bespreken machtiging tonen (artikel 2 lid 1 Awbi). Het is bijvoorbeeld niet mogelijk om de machtiging te tonen als de curator bij afwezigheid van de bewoner binnentreedt.

Voor het betreden van andere plaatsen dan woningen (bijvoorbeeld bedrijfspanden) heeft de curator geen machtiging nodig, omdat artikel 2 lid 1 Awbi dan niet van toepassing is. Dat de curator bij het betreden van andere plaatsen geen machtiging kan tonen, kan tot gevolg hebben dat de curator minder serieus wordt genomen. In de praktijk is het daarom nuttig om een afschrift van het faillissementsvonnis, een identiteitsbewijs en een afdruk van artikel 93a Fw mee te nemen. Ook kan de curator de rechter-commissaris vragen een brief mee te geven waarin is aangegeven dat de curator de bevoegdheid tot binnentreden heeft. Een modelbrief is als bijlage opgenomen bij de Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen.²³

19. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, 3, p. 20; *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, 5, p. 12.

20. HR 4 september 2007, *NJ* 2007/491; HR 28 mei 2015, *NJ* 2014/239. In de laatstgenoemde uitspraak werd een beroep op het huisrecht overigens afgewezen, (mede) omdat de krakers een paar uur nadat ze een aantal appartementen hadden gekraakt werden ontruimd.

21. Zie verder over het begrip 'woning' P. Mevis, Commentaar op aanhef Awbi, in: C.P.M. Cleiren, M.J.M. Verpalen en J.H. Crijns (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt t/m 15 december 2017) en J.M. Reijntjes, *'A. Minkenhof's Nederlandse Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 263 en 264.

22. Zo ook *Kamerstukken II* 1988/89, 19073, 5, p. 12.

23. T. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2017, p. 23. Zie voor de modelbrief p. 103 en 104 (bijlage 3.a). De Leidraad is door Hilverda opgesteld in opdracht van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (nu Justitie en Veiligheid) met medewerking van een werkgroep bestaande uit gerenommeerde curatoren, rechters-commissarissen en forensisch accountants, zie p. 1 en 2 van de Leidraad.

Voor binnentreding in een woning zonder toestemming van de bewoner is op grond van artikel 2 lid 1 Awbi een schriftelijke machtiging vereist. De rechter-commissaris is bevoegd tot het geven van deze machtiging (artikel 93a Fw). Tegen een afgegeven machtiging tot binnentreden is hoger beroep uitgesloten.²⁴ De machtiging kan ook worden afgegeven voor het betreden van een woning op één van de overzeese gebieden van het Koninkrijk.²⁵ Zo is in 2008 een machtiging tot binnentreden verleend aan een curator voor binnentreding in een woning op Curaçao.²⁶

Een machtiging tot binnentreden kan alleen aan de curator en niet aan zijn kantoorgenoten worden afgegeven (artikel 4 Awbi jo. artikel 93a Fw). De curator dient daarom zelf bij het binnentreden aanwezig te zijn.²⁷ Als het nodig is op meerdere plaatsen tegelijk binnen te treden, kan gebruikgemaakt worden van zogenoemde dagbenoemingen. Andere curatoren worden benoemd met als (enige) doel het binnentreden van een plaats. Met deze curatoren wordt afgesproken dat ze na een dag zelf ontslag nemen.²⁸

De curator kan zich op grond van artikel 8 lid 1 Awbi door de rechter-commissaris en op basis van artikel 8 lid 2 Awbi – voor zover dit voor het doel noodzakelijk is en de machtiging dit uitdrukkelijk vermeldt – door anderen doen vergezellen.²⁹ In de praktijk nemen curatoren veelal een kantoorgenoot mee als zij ergens binnentreden. Verder laten curatoren zich vergezellen door bijvoorbeeld een taxateur (om activa ter plekke te laten taxeren), een slotenmaker (om toegang tot het pand te verlenen en/of sloten te vervangen), een deurwaarder (om een proces-verbaal van bevindingen te laten maken), een

24. Artikel 67 lid 1 Fw. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 5 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO0056, waar appellant niet ontvankelijk werd verklaard in een beroep tegen een machtiging die op grond van artikel 93a Fw was gegeven.

25. Artikel 93a Fw jo. artikel 36 en 40 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, i.c.m. met HR 14 januari 1994, *NJ* 1994/403 waaruit blijkt dat artikel 40 Statuut niet alleen geldt voor vonnissen, bevelen en grossen van authentieke akten maar ook voor door de rechter afgegeven beschikkingen.

26. Rechtbank 's-Gravenhage 8 november 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH1219.

27. Zie voor een geval waarin een curator het binnentreden aan een taxateur, een slotenmaker en een politieagent overliet en vervolgens werd ontslagen: Rechtbank Amsterdam 20 februari 2013, *JOR* 2014/80.

28. T. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2017, p. 57.

29. De rechters-commissarissen die meegewerkt hebben aan de enquête, geven desgevraagd aan dat zij (nog) nooit aanwezig zijn geweest bij een binnentreding. Een rechter-commissaris meldt daarbij dat dit niet uit principe is, maar wegens tijdgebrek. Een andere rechter-commissaris geeft aan dat andere rechters-commissarissen die in hetzelfde arrondissement werkzaam zijn regelmatig een curator vergezellen.

forensisch accountant of ICT'er (voor het veiligstellen van digitale bestanden)³⁰ en/of een verhuisbedrijf (voor het afvoeren van spullen).³¹

Op grond van artikel 6 lid 1 Awbi moet de machtiging zijn ondertekend. Verder moet de machtiging de naam en hoedanigheid van degene die de machtiging heeft gegeven (de rechter-commissaris) en van degene aan wie de machtiging is gegeven (de curator) vermelden, de bepaling waarop het binnentreden berust (artikel 93a Fw), het doel waartoe wordt binnengetreten en de dagtekening. De machtiging is maximaal drie dagen geldig, te rekenen vanaf de dag na die waarop de machtiging is gegeven (artikel 6 lid 2 Awbi). Bij afwezigheid van de bewoner en tussen middernacht en 6:00 uur 's morgens kan alleen worden binnengetreten als dat dringend noodzakelijk is en de machtiging dit uitdrukkelijk bepaalt (artikel 7 lid 2 Awbi). Gaat de curator zonder machtiging en zonder toestemming van de bewoner een woning binnen of treedt hij 's nachts of bij afwezigheid van de bewoner binnen zonder dat de machtiging dit uitdrukkelijk bepaalt, dan pleegt hij een misdrijf (artikel 138 Sr). Naar mijn mening is dit daarnaast een zwaarwegende grond voor ontslag van de curator.

De curator mag zich zo nodig met geweld de toegang tot of de doorgang in een woning verschaffen. Hiertoe kan hij zo nodig de hulp van de sterke arm inroepen (artikel 9 Awbi). Tegenover de bevoegdheid van de curator om deze hulp in te roepen, staat een verplichting van de sterke arm om deze hulp te verlenen. Uiteraard moet wel rekening worden gehouden met de planning en bezetting van de politie.³² Overigens is de politie ook bevoegd de curator assistentie te verlenen bij het betreden van een andere plaats dan een woning op grond van artikel 3 Politiewet 2012 en daarbij proportioneel geweld te gebruiken.³³ Het niet voldoen aan een vordering van een politieambtenaar om een curator toegang te verschaffen levert geen verzet op in de zin van artikel 180 of 184 Wetboek van Strafrecht. Degene bij wie wordt binnengetreten hoeft niet zijn medewerking te verlenen, maar moet het binnentreden slechts dulden.³⁴ De meeste curatoren die aan de enquête hebben meegewerkt, hebben

30. Zie hierover ook T. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2017, p. 24-29.

31. Genoemd door één of meer respondenten in het kader van de algemene bevoegdheid tot binnentreden (dus niet specifiek de bevoegdheid tot binnentreden in een woning). Zie ook W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13, waarin voor een groot deel dezelfde beroepsbeoefenaars genoemd worden.

32. *Kamerstukken II* 1992/93, 22539, 5, p. 8.

33. HR 23 januari 2007, *NJ* 2007/337, r.o. 3.8.1.

34. HR 23 januari 2007, *NJ* 2007/337, ECLI:NL:HR:2007:AZ3880. Overigens kan dit anders zijn als bij de failliet of bestuurders van de failliet wordt binnengetreten. In dat geval geldt immers de medewerkingsplicht van artikel 105a Fw.

goede ervaringen met bijstand van de sterke arm. De aanwezigheid van de sterke arm werkt de-escalerend en zorgt voor veiligheid. Enkele curatoren geven aan dat het soms lastig is om bijstand te krijgen van de sterke arm. Een curator geeft aan dat de rechter-commissaris hierin behulpzaam kan zijn door de officier van justitie te vragen medewerking te verlenen. In het arrondissement Den Haag kunnen curatoren voor bijstand van de politie een piketlijn bellen van de afdeling van de politie die zich bezighoudt met faillissementsfraude.³⁵

Wordt zonder toestemming van de bewoner binnengetroten, dan dient de curator nadien een schriftelijk verslag op te maken (artikel 10 lid 1 Awbi). Het verslag dient minimaal de gegevens te vermelden die zijn genoemd in artikel 10 lid 2 Awbi. Uiterlijk op de vierde dag na de dag van binnentreden moet het verslag aan de rechter-commissaris worden toegezonden (artikel 11 lid 1 Awbi), met een afschrift aan de bewoner (artikel 11 lid 2 Awbi). De wet stelt geen gevolgen aan het niet (tijdig) opstellen van een verslag.³⁶ Het niet opstellen van een verslag zal in de regel geen grond zijn voor ontslag, omdat ontslag op grond van artikel 73 Fw slechts in uitzonderlijke gevallen wordt gegeven.³⁷

3. Toetsingskader verlenen machtiging en gebruikmaken binnentredingsbevoegdheid

De Awbi geeft aan welke toets de rechter-commissaris aan moet leggen bij het verlenen van een machtiging. Daarnaast is in de Awbi ook opgenomen hoe de curator om moet gaan met zijn binnentredingsbevoegdheid nadat hij een machtiging heeft ontvangen. Het toetsingskader van de Awbi geldt niet voor het betreden van andere plaatsen dan woningen. Toch kan het toetsingskader van de Awbi hier wellicht een rol spelen. Eerst wordt ingegaan op het toetsingskader van de Awbi, waarna wordt besproken welke toets de curator aan moet leggen als hij andere plaatsen dan woningen betreedt.

Toetsingskader Awbi

Uit artikel 3 lid 3 Awbi volgt dat de rechter-commissaris slechts een machtiging verleent, 'indien het doel waartoe wordt binnengetroten het binnentreden

35. Dit is in het kader van de gehouden enquête opgemerkt door een rechter-commissaris uit het arrondissement Den Haag.

36. In ABRvS 28 januari 2015, AB 2015/112 had het niet opstellen van een verslag ook geen gevolgen voor de rechtmatigheid van een (bestuursrechtelijk) besluit.

37. Dit gebeurde bijvoorbeeld in Rechtbank Amsterdam 20 februari 2013, JOR 2014/80. Zie over ontslag van de curator in de context van het binnentreden verder § 5.

zonder toestemming van de bewoner redelijkerwijs vereist.’ De curator is op grond van artikel 68 Fw belast met het beheer en de vereffening van de boedel. Uit deze taak vloeit voort dat de curator zorgt voor vergaring, bewaring (artikel 92 Fw) en vereffening (artikel 175 Fw) van de boedel.³⁸ De bevoegdheid tot binnentreden is aan de curator verleend ter uitvoering van deze taak.³⁹ De rechter-commissaris moet in een concreet geval het belang van de boedel bij het geven van de machtiging afwegen tegen het belang van de bewoner.⁴⁰ Hij moet hierbij het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel in acht nemen.⁴¹ Naarmate de inbreuk op het huisrecht groter is, wordt de toets die aangelegd moet worden zwaarder. Op basis van artikel 3 lid 3 Awbi kan een machtiging verleend worden als het doel dit *redelijkerwijs vereist*, terwijl de machtiging slechts kan bepalen dat tussen 0.00 en 6.00 uur en bij afwezigheid van de bewoner mag worden binnengetreten *voor zover dit dringend noodzakelijk is* (artikel 7 Awbi).

Het is niet de bedoeling dat de curator zo snel mogelijk een woning binnenvalt zodra hij een machtiging heeft ontvangen. Ook als de machtiging eenmaal is gegeven, mag de curator alleen gebruikmaken van zijn machtiging als dat nodig is.⁴² In beginsel moet eerst toestemming gevraagd worden om binnen te treden. Wordt deze toestemming gegeven, dan is het niet nodig om de machtiging te gebruiken.⁴³ Maakt de curator gebruik van zijn machtiging, dan mag de inbreuk op het huisrecht niet groter zijn dan nodig om het beoogde doel te bereiken.⁴⁴ Dat ook de binnentreders de uitoefening van zijn bevoegdheid moet toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel, is expliciet opgenomen in artikel 9 Awbi. Als de curator bijvoorbeeld naar administratie van de failliet zoekt, dan ligt het voor de hand dat hij in eerste instantie de werkkamer van de bewoner betreedt. Vindt de curator dat waarnaar hij op zoek is, dan is het niet nodig dat hij ook de slaapkamer binnengaat.

38. Hoewel het vergaren van de boedel niet expliciet in de wet is opgenomen als taak van de curator, volgt dit uit artikel 92 Fw, zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 239-246. Zie ook B. Wessels, *Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 4088 en 4090.

39. Zo ook, voordat artikel 93a Fw was opgenomen in de wet, Hof Arnhem 16 september 1985, *KG* 1985/304. Naar deze uitspraak wordt ook verwezen in de toelichting op artikel 93a, *Kamerstukken II*, 1992/93, 22539, 9, p. 2.

40. *Kamerstukken II* 1992/93, 22539, 5, p. 5.

41. *Kamerstukken II* 1991/92, 22539, B, p. 4.

42. *Kamerstukken II* 1991/92, 22539, 3, p. 4 en 5.

43. *Kamerstukken II* 1991/92, 22539, B, p. 12.

44. *Kamerstukken II* 1991/92, 22539, 3, p. 4-6.

Met de deur in huis vallen? Over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator

Toetsingskader betreden andere plaatsen dan woningen

Voor het betreden van andere plaatsen moet een soortgelijke toets uitgevoerd worden door de curator. Uit de toelichting op de Wet tot wijziging van binnentredingsbepalingen volgt dat het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel (in de toelichting samengevat met ‘het redelijkheidscriterium’) ook in andere wetten is voorgeschreven, ook als de bevoegdheid tot binnentreden niet een woning betreft.⁴⁵ In artikel 93a Fw is deze toets ook opgenomen. De curator heeft immers toegang tot elke plaats, *voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is*. Het belang van de gebruiker van bijvoorbeeld een bedrijfspand is anders dan het belang van een bewoner van een woning. Slechts met het binnentreden van een woning wordt inbreuk gemaakt op het huisrecht dat is neergelegd in artikel 12 Gw.⁴⁶ Hoewel het betreden van andere plaatsen eerder gerechtvaardigd is omdat het belang van de gebruiker kleiner is, moet op grond van artikel 93a Fw op dezelfde wijze een belangenafweging gemaakt worden waarbij de curator zich moet houden aan het proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste.

Toetsing in de praktijk

De curatoren die deelnamen aan de enquête, maken over het algemeen weinig gebruik van hun bevoegdheid tot binnentreden. Bij elkaar hebben de tien respondenten (ongeveer) 34 keer gebruikgemaakt van hun bevoegdheid tot binnentreden (zowel in een woning als in andere plaatsen) bij de afwikkeling van ongeveer 2.100 faillissementen.⁴⁷ Dit beeld wordt bevestigd door de rechters-commissarissen die hebben meegewerkt aan de enquête. De rechters-commissarissen hebben ongeveer zeventien machtigingen afgegeven voor het binnentreden in een woning, bij de benoeming in ongeveer 2.800 faillissementen.⁴⁸

45. *Kamerstukken II* 1991/92, 22539, 3, p. 6.

46. Het huisrecht van artikel 8 EVRM is ruimer, maar ook dan is een inbreuk op het ‘huisrecht’ van een rechtspersoon bij het betreden van een bedrijfspand eerder gerechtvaardigd. Zie hierover § 5.

47. Eén curator is tien tot vijftien keer binnengetrepen bij de afwikkeling van ongeveer 75 tot 100 faillissementen. Twee curatoren zijn bij de afwikkeling van ongeveer 450 faillissementen geen enkele keer binnengetrepen. De overige zeven respondenten hebben tussen de één en vijf keer gebruikgemaakt van hun bevoegdheid bij de afwikkeling van ongeveer 1.550 faillissementen.

48. Eén (fraude) rechter-commissaris heeft ongeveer tien machtigingen afgegeven bij de benoeming in 354 faillissementen. De overige vier rechters-commissarissen hebben nul tot drie machtigingen afgegeven bij de benoeming in ongeveer 2.450 faillissementen.

In de meeste gevallen maakten de curatoren gebruik van hun bevoegdheid tot binnentreden om een bedrijfspand te betreden. Curatoren geven aan dat het in de regel niet nodig is om gebruik te maken van de binnentredingsbevoegdheid, omdat vrijwel altijd medewerking wordt verleend. In enkele gevallen is de komst van de curator niet aangekondigd en/of vooraf geen toestemming gevraagd om binnengelaten te worden, om te voorkomen dat tot de boedel behorende goederen en administratie verduisterd zouden worden.⁴⁹

Op de vraag of curatoren een bepaalde afweging maken voordat ze gebruikmaken van hun binnentredingsbevoegdheid, geven curatoren aan dat de hiervoor omschreven belangenafweging in de praktijk ook daadwerkelijk wordt gemaakt. Aangezien binnentreden een zwaar middel is, wordt alleen van de bevoegdheid gebruikgemaakt als geen medewerking wordt verleend en curatoren verwachten dat administratie of goederen die tot de boedel behoren worden achtergehouden. Curatoren geven aan dat geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid als er een andere mogelijkheid is om achter bepaalde informatie te komen. Eenzelfde kader wordt gebruikt door de ondervraagde rechters-commissarissen bij het afgeven van een machtiging tot binnentreden in een woning.

Een aantal curatoren geeft expliciet aan een proportionaliteitstoets uit te voeren. Als verwacht wordt dat goederen die tot de boedel behoren zich op een specifieke plaats bevinden, wordt slechts binnengetreden als de waarde van de goederen in verhouding staat tot de inbreuk die gemaakt wordt op rechten van derden. Daarnaast moeten de kosten van het binnentreden in verhouding staan tot het doel waarmee wordt binnengetreden. De veiligheid van de curator en het gezin van de curator speelt ook een rol bij de afweging die wordt gemaakt. Een curator gaf aan terughoudend te zijn met binnentreden, mede vanwege zeer ernstige bedreigingen na de keren dat was binnengetreden zonder toestemming.

4. Betreden versus doorzoeken

Op basis van artikel 93a Fw heeft de curator de bevoegdheid elke plaats te betreden. Met een machtiging van de rechter-commissaris mag de curator ook een woning betreden zonder toestemming van de bewoner. De vraag is hoe ver deze binnentredingsbevoegdheid gaat. Wat mag een curator wel en niet doen als hij een plaats heeft betreden? De toelichting op artikel 93a Fw verschaft

49. Zie ook T. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2017, p. 23.

hierover geen duidelijkheid. Aangezien ook in het strafrecht en het bestuursrecht de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen wordt gegeven, wordt eerst het onderscheid tussen betreden en doorzoeken in het strafrecht en bestuursrecht behandeld. Daarna wordt het onderscheid tussen betreden en doorzoeken in de (toelichting op de) Awbi besproken. Bovendien wordt dieper ingegaan op de vraag waar de grens ligt tussen betreden en doorzoeken. Vervolgens wordt ingegaan op de implicaties hiervan voor de binnentredingsbevoegdheid van de curator op grond van artikel 93a Fw en de mogelijkheden die de curator heeft om met andere middelen hetzelfde resultaat te bereiken. Tot slot wordt op basis van de afgenomen enquête aangegeven of curatoren in de praktijk de grens tussen betreden en doorzoeken in acht nemen.

Strafrecht, bestuursrecht en de Awbi

In het Wetboek van Strafvordering wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen betreden en doorzoeken. Omdat doorzoeken een verdergaande inbreuk vormt, is doorzoeken met meer waarborgen omkleed dan betreden.⁵⁰ Bij ontdekking op heterdaad of verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan, heeft een opsporingsambtenaar de bevoegdheid elke plaats te betreden (artikel 96 lid 1 Sv). Doorzoeken van plaatsen, met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner, mag in dergelijke gevallen slechts door of met machtiging van de officier van justitie (artikel 96c Sv). Het doorzoeken van een woning zonder toestemming van de bewoner is nog ingrijpender: dit mag uitsluitend door of, onder omstandigheden, met machtiging van de rechter-commissaris (artikel 97 en 110 Sv).

In het bestuursrecht heeft een toezichthouder op grond van artikel 5:15 Awb de bevoegdheid elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. Uit de toelichting volgt dat hiermee geen bevoegdheid is gegeven tot het doorzoeken van plaatsen. Deze bevoegdheid moet indien nodig gegeven worden in een bijzondere wet.⁵¹ In de Mededingingswet is bijvoorbeeld de bevoegdheid tot doorzoeking neergelegd (artikel 50 Mw). In het algemene bestuursrecht kan het wel zo zijn dat een kast op grond van artikel 5:18 Awb voorwerp is van onderzoek. In dat geval heeft een toezichthouder de bevoegdheid deze kast te openen.

Ook de (toelichting op de) Awbi maakt onderscheid tussen het betreden en doorzoeken van een woning. In het wetsvoorstel dat is voorgelegd aan de Raad

50. M.J. Borgers en T. Kooijmans, *Corstens. Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 568.

51. *Kamerstukken II 1993/94*, 23700, 3, p. 143.

van State was een tweede lid toegevoegd aan artikel 9, waarin de binnentreders de bevoegdheid werd gegeven kasten, laden en andere bergplaatsen die niet afgesloten zijn te openen.⁵² Uit de toelichting die is voorgelegd aan de Raad van State volgt dat het niet de bedoeling was om de bevoegdheid tot huiszoeking⁵³ te geven, dus het openbreken van laden en kasten zou niet zijn toegestaan.⁵⁴ De Raad van State gaf in zijn advies aan dat de bevoegdheid tot het openen van niet gesloten laden en kasten erg ver gaat en in de praktijk op hetzelfde neerkomt als huiszoeking.⁵⁵ Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is het wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer zonder artikel 9 lid 2, omdat de bevoegdheden die in de woning uitgeoefend kunnen worden niet in de Awbi geregeld hoeven worden.⁵⁶ Uit het voorgaande volgt dat de wetgever er bewust voor gekozen heeft om de bevoegdheid in de Awbi te beperken tot binnentreden. De persoon die bevoegd is om een woning binnen te treden, heeft op basis van de Awbi niet de bevoegdheid deze woning te doorzoeken. De doorzoekingsbevoegdheid moet in een specifieke wet worden gegeven.⁵⁷ In het civiele recht is bijvoorbeeld aan de deurwaarder in het kader van inbeslagneming een bevoegdheid gegeven die ruimer is dan betreden (artikel 444 lid 2 Rv).

Grens betreden en doorzoeken

Uit het voorgaande blijkt dat er onderscheid bestaat tussen betreden en doorzoeken,⁵⁸ maar de grens tussen beide is niet altijd duidelijk.⁵⁹ Betreden geeft de bevoegdheid om zoekend rond te kijken.⁶⁰ Zoekend rondkijken wil zeggen: ‘met de handen op de rug de zintuigen goed de kost geven.’⁶¹ Of, om te spreken met Vellinga-Schootstra: ‘zoals mijn grootmoeder placht te stellen:

52. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, A, p. 1.

53. In het strafrecht is de term ‘huiszoeking’ vervangen door ‘doorzoeking’ in de Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek (*Stb.* 1999, 243). Zie over het onderscheid tussen ‘huiszoeking’ en ‘doorzoeking’ F. Vellinga-Schootstra, ‘Van huiszoeking naar doorzoeking: een stille revolutie’, *NJB* 2000/18, p. 928-931.

54. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, A, p. 3.

55. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, B, p. 8.

56. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, C, p. 14.

57. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, 3, p. 25.

58. Zie over dit onderscheid ook J.A.A.C. Claessen en D.L.F. de Vocht, ‘De regeling inzake het betreden en doorzoeken van plaatsen en woningen verduidelijkt’, *AA* 2012/4, p. 318.

59. Zo ook M.J. Borgers, ‘Binnentreden, zoekend rondkijken en doorzoeken. Waar liggen de grenzen onder het nieuwe recht?’, *DD* 2004/5, p. 540-559.

60. Zo bijvoorbeeld de toelichting op artikel 96 Sv, *Kamerstukken II* 1992/93, 23251, 3, p. 17 en de hierna te bespreken rechtspraak.

61. Annotatie O.J.D.M.L. Jansen bij HR 21 december 2010, *AB* 2011/293.

kijken doe je met je ogen en niet met je handen.⁶² Alles wat verder gaat dan zoekend rondkijken, moet worden aangemerkt als doorzoeken.⁶³ Onder zoekend rondkijken valt in ieder geval niet het willekeurig openen van kasten, laden en andere bergplaatsen.⁶⁴ De Hoge Raad heeft in strafzaken geoordeeld dat het openen van een kast aangemerkt moet worden als doorzoeking,⁶⁵ ook als de politie op de hoogte is van het feit dat zich drugs in de kast bevinden.⁶⁶ Ook het optillen van een bankkussen,⁶⁷ het openen van (zich onder een bed bevindende) dozen⁶⁸ en het lostrekken van een pijp⁶⁹ gaat verder dan zoekend rondkijken.

Artikel 9 Awbi geeft de binnentreders de bevoegdheid om zich de toegang tot of doorgang in de woning te verschaffen. Indien nodig kan de doorgang in de woning geforceerd worden, eventueel met behulp van de sterke arm.⁷⁰ Hiermee is de grens tussen betreden en doorzoeken vloeiend.⁷¹ De binnentreders mag een deur forceren om zich toegang te verschaffen tot een vertrek,⁷² maar als het de deur van een wandkast blijkt te zijn dan slaat het betreden om in doorzoeken.⁷³ De binnentreders mag zich wel toegang verschaffen tot een koelcel van vijf bij zes meter: een koelcel van dergelijke omvang is kennelijk van een andere orde dan een kast.⁷⁴ Onder doorgang verschaffen valt ook het verschuiven van enkele dozen om een deur te kunnen openen die toegang geeft tot het daarachter gelegen vertrek⁷⁵ en het verschuiven van een werkbank en losschroeven van een houten plaat om een afgeschotte ruimte te betreden.⁷⁶ Het verschaffen van

62. F. Vellinga-Schootstra, 'Van huiszoeking naar doorzoeking: een stille revolutie', *NJB* 2000/18, p. 931. Overigens weet ik uit ervaring dat zelfs moeders deze uitdrukking nog steeds bezigen.

63. Onder meer HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.3.

64. *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 143. Vgl. ook het hiervoor besproken aan de Raad van State voorgelegde artikel 9 lid 2 Awbi, *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, A-C.

65. HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, m.nt. M.J. Borgers.

66. HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO8202, r.o. 2.4.

67. Hof Amsterdam 14 maart 2014, ECLI:GHAMS:2014:739.

68. Hof 's-Gravenhage 25 augustus 2008, te kennen uit HR 4 januari 2011, *NJ* 2012/145, r.o. 2.3.

69. HR 30 maart 2004, *NJ* 2004/376, r.o. 4.3.

70. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, 3, p. 17. Zie in gelijke zin HR 21 oktober 2003, *NJ* 2007/9, r.o. 4.7.

71. P. Mevis, Commentaar op artikel 9 Awbi, in: C.P.M. Cleiren, M.J.M. Verpalen en J.H. Crijns (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt t/m 15 december 2017).

72. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2007/9, r.o. 4.7.

73. Conclusie A-G Aben vóór HR 21 december 2010, *NJ* 2011/24, § 3.4.

74. HR 18 maart 2014, *NJ* 2014/189.

75. HR 18 november 2003, *NJ* 2007/8, r.o. 3.6.

76. Hof Amsterdam 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3842.

de doorgang maakt onderdeel uit van de bevoegdheid tot binnentreden. Heeft de binnentreder zich toegang verschaft tot een vertrek, dan blijft de bevoegdheid in beginsel beperkt tot zoekend rondkijken.⁷⁷

Omvang bevoegdheid curator en alternatieven voor doorzoeken

Hoe ver reikt nu de bevoegdheid van de curator? Artikel 93a Fw beperkt de bevoegdheid van de curator tot binnentreden. Ook op basis van andere bepalingen uit de Faillissementswet is aan de curator niet expliciet een bevoegdheid tot doorzoeking gegeven. Hiervoor is aangegeven dat in het strafrecht, het bestuursrecht en de Awbi een duidelijk onderscheid is gemaakt tussen betreden en doorzoeken. Zonder expliciete wettelijke grondslag heeft iemand in beginsel niet het recht om te doorzoeken. Naar mijn mening heeft ook de curator geen doorzoekingsbevoegdheid, omdat de Faillissementswet deze bevoegdheid niet aan de curator verleent.⁷⁸ Daarmee is ten aanzien van de curator niet alles gezegd. Ten eerste heeft de curator een ruime bevoegdheid ten aanzien van zaken die tot de boedel behoren, ten tweede kan de curator bevoegdheden stapelen, daarnaast kan de curator de hulp van een deurwaarder inroepen en tot slot kan hij onder omstandigheden de hulp van het OM of de politie inroepen.

De bevoegdheid van de curator om zaken te bewaren (artikel 92 Fw) en te verkopen (artikel 175 Fw) omvat naar mijn mening mede de bevoegdheid om deze zaken te doorzoeken. Wie het meerdere mag, is immers ook bevoegd tot het mindere. De curator is daarmee wel bevoegd om zaken die tot de boedel behoren te doorzoeken.⁷⁹ Als een schuldenaar exclusief gebruikmaakt van (bijvoorbeeld) een onroerende zaak, mag de curator ervan uitgaan dat zaken die zich hier bevinden tot de boedel behoren⁸⁰ en de onroerende zaak en de daarin aanwezige inboedel doorzoeken.

Regelmatig heeft de schuldenaar of een bestuurder van de schuldenaar de beschikking over zaken die evident niet tot de boedel behoren. Gedacht kan worden aan de zaken die genoemd zijn in artikel 447 Rv (artikel 21 aanhef en

77. HR 21 oktober 2003, *NJ* 2007/9, r.o. 4.7; M.J. Borgers, 'Binnentreden, zoekend rondkijken en doorzoeken. Waar liggen de grenzen onder het nieuwe recht?', *DD* 2004/5, p. 554.

78. Zonder motivering anders: T. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2017, p. 59 ("De curator is bevoegd, wederom met inachtneming van voormelde grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit, alles te openen (deuren, kasten, lades, etc.) waarvan hij redelijkerwijze kan denken dat daarvan resultaat te verwachten is.").

79. Zo ook B.M. Katan, 'Overzichtsartikel: insolventierecht en het EVRM', *TvI* 2006/20.

80. Dit uitgangspunt volgt uit artikel 3:109 jo. 3:119 BW.

onder 1 Fw).⁸¹ Ook bijvoorbeeld de woning van een bestuurder van een failliete rechtspersoon mag niet doorzocht worden. Het vermogen van de bestuurder behoort immers niet tot de boedel. De curator kan wel de schuldenaar of bestuurder van de schuldenaar verzoeken kasten open te maken of bijvoorbeeld de inhoud van een kluis te tonen. Op basis van artikel 105a Fw is de schuldenaar verplicht zijn medewerking te verlenen aan het beheer en de vereffening van de boedel. Deze verplichting rust ook op bestuurders en commissarissen van een failliete rechtspersoon (artikel 106 Fw). Werkt (de bestuurder van) de failliet niet mee, dan kan de curator een gijzelingsverzoek indienen op basis van artikel 87 Fw. Voldoet (de bestuurder van) de failliet door zijn weigering om mee te werken niet aan zijn verplichting tot overlegging van de administratie of wordt hiermee een goed aan de boedel onttrokken, dan kan de curator ook aangifte doen van faillissementsfraude (artikel 341, 343 en 344a Sr). Door op deze manier bevoegdheden te stapelen, kan de curator in veel gevallen hetzelfde bereiken als met een doorzoeking.

Kan de curator ook met het stapelen van bevoegdheden niet uit de voeten, dan kan hij de hulp van een deurwaarder inroepen. Op grond van artikel 444 lid 2 Rv is een deurwaarder ter inbeslagneming bevoegd om, in aanwezigheid van de burgemeester of een door de burgemeester gemachtigde politiefunctionaris die tevens hulpofficier van justitie is, deuren en huisraad te openen. In faillissement kan de curator geen beslag laten leggen op goederen die tot de boedel behoren, omdat op deze goederen al een gerechtelijk beslag ligt.⁸² Nu de bevoegdheid van artikel 444 lid 2 Rv niet is toegekend aan de curator, kan hij naar mijn mening niet zelfstandig van deze bevoegdheid gebruik maken.⁸³ Mijns inziens is het wel mogelijk dat de curator bijstand vraagt van een deurwaarder, die zijn bevoegdheid op grond van artikel 444 lid 2 Rv dan kan uitoefenen om de boedel te vergaren en te behouden. Een bevoegdheid die gebruikt mag worden ter inbeslagneming, mag naar mijn mening ook gebruikt worden om zaken veilig te stellen waarop reeds (faillissements)beslag ligt.⁸⁴

Overigens ligt het voor de hand om de bevoegdheid van artikel 444 lid 2 Rv tot openen van huisraad ook toe te kennen aan de curator in artikel 93a Fw. De

81. Katan noemt een matras waarin contanten verstopt kunnen zitten, B.M. Katan, 'Overzichtsartikel: insolventierecht en het EVRM', *TvI* 2006/20.

82. Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 13 en 14.

83. Ook in J.L. Polak, 'Het huisrecht van den gefailleerde', *W.* 9629, p. 3 en 4 wordt analogische toepassing van artikel 444 Rv bezwaarlijk geacht, omdat het artikel expliciet ziet op de deurwaarder.

84. Vgl. Rechtbank Noord-Holland (vzr.) 11 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6877, r.o. 4.4, waarin de voorzieningenrechter overwoog dat artikel 444 Rv niet alleen ziet op het leggen van beslag, maar op de gehele executie.

curator is immers net als de deurwaarder op zoek naar goederen waarop schuldeisers zich (in faillissement door het indienen van de vordering ter verificatie) kunnen verhalen. De bevoegdheid om huisraad te openen, is onder omstandigheden dienstig aan de taak van de curator tot vergaring van de boedel. De rechter-commissaris zou de rol van de burgemeester kunnen vervangen in het waarborgen van de belangen van degene van wie deuren en huisraad geopend worden. De rechter-commissaris is als toezichthouder betrokken bij de afwikkeling van de boedel. Hierdoor kan hij goed beoordelen of het belang van de boedel vereist dat de curator een dergelijke vergaande bevoegdheid inzet.

Kan de curator ook met het voorgaande niet uit de voeten, dan kan hij de hulp van de politie of het OM inroepen. Als iemand die verplicht is administratie te overleggen zijn verplichting niet nakomt of als iemand goederen die tot de boedel behoren achterhoudt, pleegt hij een misdrijf (artikel 341, 343, 344 en 344a Sr). Bij verdenking (in de zin van artikel 27 Sv) van faillissementsfraude is voorlopige hechtenis toegestaan.⁸⁵ Hierdoor is het mogelijk dat in het strafproces plaatsen, waaronder woningen, doorzocht worden ter inbeslagname.⁸⁶ Heeft de curator het vermoeden dat faillissementsfraude wordt gepleegd, dan kan hij hulp inroepen van de politie of het OM.⁸⁷ Wordt een woning of andere plaats doorzocht door het OM, dan kan de curator toegelaten worden tot de doorzoeking. In de praktijk is een machtiging van de rechter-commissaris nodig voor het verkrijgen van toestemming om het OM te vergezellen.⁸⁸ Een curator die deelnam aan de enquête, meldt in een recent faillissement met succes de hulp van de politie te hebben ingeroepen. De curator wist waar een tot de boedel behorende auto die uit het zicht van de curator werd gehouden zich bevond en heeft hiervan aangifte gedaan bij de politie. De politie heeft vervolgens direct actie ondernomen en in overleg met de curator een inval gedaan.

85. Op de misdrijven die genoemd zijn in artikel 341, 343, 344 en 344a Sr staat een maximale gevangenisstraf van vier jaar of meer, waarmee voorlopige hechtenis is toegestaan op grond van artikel 67 lid 1 sub a Sv. In artikel 67 lid 1 sub b Sv is voorlopige hechtenis ook toegestaan voor andere vormen van faillissementsfraude.

86. Hiervoor is aangegeven met welke waarborgen deze bevoegdheid is omgeven. Zie ook J.A.A.C. Claessen en D.L.F. de Vocht, 'De regeling inzake het betreden en doorzoeken van plaatsen en woningen verduidelijkt', *AA* 2012/4, p. 317-323.

87. Zie in het kader van beslag op basis van artikel 94a Sv W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *TvI* 2013/13.

88. T. Hilverda, *Landelijke Leidraad afwikkeling (fraude-)faillissementen*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2017, p. 72-74.

Binnentreden en doorzoeken in de praktijk

In de enquête is aan curatoren de vraag gesteld wat ze doen als ze een woning of andere plaats betreden. Kijken ze alleen rond, maken ze ook kasten open, breken ze indien nodig kasten open? Daarnaast is gevraagd of het voor het antwoord hierop relevant is of de woning of andere plaats in gebruik is bij de gefailleerde of bij een derde. Onder curatoren wordt verschillend gedacht over de omvang van hun bevoegdheid. Vrijwel alle ondervraagde curatoren geven aan dat ze kasten openmaken als ze zijn binnengetreden. Een curator schrijft: ‘Alles gaat open, inclusief kelderkasten, kruipruimte, diepvries en alle opbergkamer. Als ik niet ga zoeken, dan is het niet effectief binnen te treden.’ Veel curatoren geven aan dat het vrijwel nooit nodig is om kasten open te breken, omdat in de regel medewerking wordt verleend door degene bij wie wordt binnengetreden. Mocht het toch nodig zijn, dan zijn curatoren terughoudend met het openbreken van kasten. Ook is een deel van de curatoren terughoudender met het openmaken (en zeker het openbreken) van kasten die niet tot de boedel behoren. Een groot deel van de curatoren geeft wel aan kasten van derden open te zullen maken als er (sterke) aanwijzingen zijn dat zich hierin administratie of zaken bevinden die tot de boedel behoren.

Veel curatoren beperken de uitoefening van hun bevoegdheid niet tot binnentreden. Ook kasten worden opengemaakt, waarmee curatoren plaatsen mede doorzoeken. Hiervoor gaf ik aan dat de curator dit mag doen als de plaats waar hij binnentreedt exclusief gebruikt wordt door de failliet. Behoort de plaats toe aan een derde, dan is de curator hiertoe zelf niet bevoegd. Toch geven curatoren aan dat ze hiertoe wel zouden overgaan als er (sterke) aanwijzingen zijn dat een derde op een specifieke plek administratie of zaken verborgen houdt die tot de boedel behoren. In dergelijke gevallen heeft de curator deze bevoegdheid ook nodig voor de uitoefening van zijn taak. Mijn aanbeveling om de taak van de curator ruimer te maken en hem ook de bevoegdheid te geven deuren en huisraad te openen, sluit hierbij aan. Door een extra taak neer te leggen bij de rechter-commissaris, wordt zijn werklast verzwaaard. Op basis van de afgenomen enquête lijkt deze verzwaring beperkt, omdat curatoren aangeven dat het niet vaak nodig is om van een dergelijke bevoegdheid gebruik te maken. Daarnaast kan de rechter-commissaris een politiefunctionaris machtigen om aanwezig te zijn bij het openen van het huisraad. Om beter in te kunnen schatten wat voor impact deze extra taak op de werklast van de rechter-commissaris zou hebben, is nader onderzoek vereist naar de frequentie waarmee curatoren vermoedelijk gebruik zouden maken van de bevoegdheid tot het openen van deuren en huisraad.

5. Verhouding tot artikel 8 EVRM

Hoe verhoudt de bevoegdheid van de curator tot binnentreden zich met artikel 8 EVRM? Op grond van artikel 8 lid 1 EVRM heeft eenieder recht op respect voor onder meer zijn huis. Door gebruikmaking van de bevoegdheid tot binnentreden, wordt een inbreuk gemaakt op dit grondrecht. Lid 2 geeft aan dat geen inmenging van enig openbaar gezag (*public authority*) is toegestaan in de uitoefening van dit recht, tenzij het gaat om een inbreuk waarin bij wet is voorzien en die noodzakelijk is in een democratische samenleving. Hierna wordt besproken of de curator uitoefenaar is van openbaar gezag. Daarna wordt ingegaan op de inhoud van het huisrecht dat is neergelegd in artikel 8 EVRM. Tot slot wordt ingegaan op de vraag of de binnentredingsbevoegdheid van de curator in overeenstemming is met artikel 8 EVRM.

Curator als uitoefenaar van openbaar gezag

Op basis van artikel 8 lid 2 EVRM is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan in de uitoefening van het huisrecht, tenzij deze inbreuk gerechtvaardigd is. Een belangrijke vraag is daarom of de curator openbaar gezag uitoefent in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM. Is dat niet het geval, dan kan de Staat niet rechtstreeks worden aangesproken voor een schending door de curator van artikel 8 EVRM.⁸⁹ Zonder motivering heeft het EHRM in een aantal zaken overwogen dat een curator inderdaad openbaar gezag uitoefent.⁹⁰ In andere zaken leverde een postblokkade in faillissement een schending op van artikel 8 EVRM, zonder dat expliciet werd ingegaan op de vraag of de curator uitoefenaar is van openbaar gezag.⁹¹

In 2012 ging de Grote Kamer van het EVRM⁹² in de *Kotov*-zaak expliciet in op de vraag of een Russische curator uitoefenaar was van openbaar gezag. Het

89. Zie over de verticale werking van het EVRM in dit kader de noot van B. Katan onder EHRM 3 april 2012 (*Kotov/Rusland*), EHRC 2012/132, § 2-4 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

90. EHRM 20 juni 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0620JUD003327496 (*Foxley/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 30 en EHRM 19 juni 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0619JUD004359506 (*Ismeta Bačić/Kroatië*), r.o. 27. Zie ook ECRM 10 december 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:1210DEC001025983 (*S.p.r.l. ANCA e.a./België*).

91. EHRM 17 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0717JUD003219096 (*Luordo/Italië*) en EHRM 1 juni 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0601JUD004502798 (*Narinen/Finland*).

92. Op grond van artikel 43 EVRM kunnen partijen binnen drie maanden nadat een uitspraak is gewezen verzoeken om verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer. Een college van vijf rechters van de Grote Kamer beslist op het verzoek. Het verzoek wordt toegewezen als de zaak een belangrijke vraag opwerpt over de interpretatie of toepassing van het EHRM of als het gaat om een belangrijke kwestie van algemeen belang.

Met de deur in huis vallen? Over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator

EHRM toetste deze vraag aan de hand van een aantal criteria en kwam op basis van de omstandigheden van het geval tot de conclusie dat de Russische curator geen openbaar gezag uitoefende. Relevant was onder meer dat de curator gekozen werd door de crediteurencommissie. De rechtbank bevestigde de benoeming van de curator door de crediteurencommissie slechts na een toets of de curator aan de vereiste criteria voldeed. Ook van belang was dat het toezicht op de curator beperkt was en achteraf plaatsvond, dat de curator slechts handelde in het belang van de crediteuren en geen afweging moest maken tussen de belangen van de schuldeisers en maatschappelijke belangen en dat de curator beperkte bevoegdheden had.⁹³

Voordat het *Kotov*-arrest was gewezen door de Grote Kamer, kwam Van Apeldoorn tot de conclusie dat de Nederlandse curator openbaar gezag uitoefent.⁹⁴ Bij de *Kotov*-zaak toetst Katan in haar annotatie de positie van de Nederlandse curator aan de criteria die het EHRM heeft aangelegd in deze zaak. Ook Katan komt tot de conclusie dat het goed mogelijk is dat de Nederlandse curator – in tegenstelling tot de Russische – openbaar gezag uitoefent. Van belang acht zij dat de curator wordt benoemd door de rechtbank, het toezicht van de rechter-commissaris op de curator omvangrijker is dan in Rusland, de Nederlandse curator ook rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard en tot slot dat de Nederlandse curator over ruimere bevoegdheden lijkt te beschikken dan de Russische curator.⁹⁵ Naar mijn mening is de analyse van Katan juist en is de kans groot dat het EHRM de Nederlandse curator ziet als uitoefenaar van openbaar gezag. De vraag is welke gevolgen dit heeft voor het recht op binnentreden van de curator.

Artikel 8 EVRM en het huisrecht

Het huisrecht dat is opgenomen in artikel 8 EVRM toont overeenkomsten met artikel 12 Gw, maar ook verschillen. Artikel 12 Gw regelt alleen de bescherming van woningen, terwijl artikel 8 EVRM een ruimere reikwijdte heeft. Uit rechtspraak van het EHRM volgt namelijk dat een natuurlijk persoon ook een

93. EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD005452200 (*Kotov/Rusland*), r.o. 99-107.

94. J.C. van Apeldoorn, 'Het raakvlak tussen de mensenrechten en het insolventierecht. Over de faillissementscurator en de notie 'openbaar gezag' artikel 8, tweede lid, EVRM', *NTM/NJCM-Bulletin* 2010/4, p. 371-387. Zie ook de noot van Van Apeldoorn onder de (andersluidende) uitspraak van de Kamer in de *Kotov*-zaak van 14 januari 2010, *TvI* 2010/28.

95. Noot B. Katan onder EHRM 3 april 2012, *EHRC* 2012/132 (*Kotov/Rusland*).

beroep toekomt op artikel 8 EVRM ten aanzien van bedrijfsruimten.⁹⁶ Uit rechtspraak van het EHRM volgt dat zelfs een rechtspersoon onder omstandigheden een beroep toekomt op het huisrecht van artikel 8 EVRM ten aanzien van bedrijfsruimten.⁹⁷ Op basis van artikel 8 lid 2 EVRM is inmenging in het huisrecht toegestaan als dit bij wet is voorzien, een legitiem doel heeft en noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Een bij wet toegestane inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM moet adequate en effectieve bescherming tegen misbruik bevatten. Regelmatig wordt deze voorwaarde als invulling van de proportionaliteitstoets genoemd onder de noodzakelijkheid van een inbreuk in een democratische samenleving.⁹⁸ In sommige uitspraken wordt de noodzaak van bescherming tegen misbruik besproken onder de wettelijke grondslag, omdat aan dit vereiste alleen is voldaan als de wettelijke grondslag in overeenstemming is met de *rule of law*.⁹⁹ Gelet hierop moet in voldoende duidelijke bewoordingen aangeven worden onder welke omstandigheden en voorwaarden een inbreuk gemaakt mag worden op artikel 8 lid 1 EVRM.¹⁰⁰ De invulling van bescherming tegen misbruik is in beide gevallen hetzelfde. In beginsel is voor binnentreding een machtiging vereist van een rechter of (andere) onafhankelijke partij of instantie. Is geen machtiging nodig voor binnentreden, dan kan toch voldoende bescherming worden geboden door een effectieve rechterlijke controle achteraf.¹⁰¹ Hoewel een inbreuk op het ‘huisrecht’ van een rechtspersoon eerder gerecht-

96. EHRM 30 maart 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0330JUD001046183 (*Chapell/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088 (*Niemietz/Duitsland*), r.o. 30-33.

97. EHRM 16 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197 (*Société Colas Est e.a./Frankrijk*), r.o. 41; EHRM 2 april 2015, AB 2016/45 (*Vinci Construction & Génie Civil et Services/Frankrijk*), r.o. 63.

98. EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), r.o. 56; EHRM 16 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197 (*Société Colas Est e.a./Frankrijk*), r.o. 48; EHRM 7 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201 (*Smirnov/Rusland*), r.o. 44; EHRM 2 oktober 2014, AB 2015/29 (*Delta Pekárny/Tsjechië*), r.o. 83.

99. EHRM 15 februari 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0215JUD005671609 (*Harju/Finland*), r.o. 42 en EHRM 15 februari 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0215JUD005672009 (*Heino/Finland*), r.o. 43.

100. EHRM 27 september 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0927JUD005088299 (*Petri Sallinen e.a./Finland*), r.o. 82. Zie ook W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 403 en 404 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

101. EHRM 7 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201 (*Smirnov/Rusland*), r.o. 45; EHRM 15 februari 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0215JUD005672009 (*Heino/Finland*), r.o. 45; EHRM 2 oktober 2014, AB 2015/29 (*Delta Pekárny/Tsjechië*), r.o. 87.

Met de deur in huis vallen? Over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator

vaardigd is, moet de wet ook dan adequate en effectieve bescherming tegen misbruik bevatten.¹⁰²

Toetsing recht van de curator op binnentreden aan artikel 8 EVRM

Het recht op binnentreden is vastgelegd in artikel 93a Fw, waarmee een wettelijke grondslag is gegeven voor de inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM. Het binnentredingsrecht is opgenomen in de Faillissementswet om de boedel te vergaren en te voorkomen dat goederen aan de boedel onttrokken worden. Door het EHRM is geoordeeld dat hiermee de bescherming van rechten van anderen gediend worden in de zin van het EVRM, waarmee sprake is van een legitiem doel.¹⁰³ De belangrijkste vraag is of de wet voldoende bescherming bevat tegen misbruik van het recht op binnentreden.

Eerst het binnentreden van een woning. Naar mijn mening is de bevoegdheid van de curator tot binnentreden in een woning in overeenstemming met de rechtvaardigingsgronden van artikel 8 lid 2 EVRM. Voor het binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner is op grond van de Awbi een machtiging nodig die op basis van artikel 93a Fw gegeven moet worden door de rechter-commissaris. De Awbi schrijft in artikel 3 lid 3 expliciet voor dat de rechter-commissaris een proportionaliteitstoets uit moet voeren bij het geven van de machtiging. Zodra de inbreuk op het huisrecht groter wordt, moet dit expliciet in de machtiging worden bepaald en is de proportionaliteitstoets strenger (artikel 7 Awbi). De curator heeft niet de bevoegdheid om een woning te doorzoeken. De curator kan zich de toegang of doorgang tot de woning verschaffen, maar ook dit mag slechts voor zover het doel van het binnentreden dit redelijkerwijs vereist (artikel 9 Awbi).

Anders ligt het voor het binnentreden van bedrijfsruimten. Het recht op binnentreden in bijvoorbeeld bedrijfsruimten is naar mijn mening niet in overeenstemming met het kader dat het EHRM schetst. Voor het binnentreden in een bedrijfsruimte heeft de curator geen machtiging nodig. Ook een effectieve rechterlijke controle op de wijze waarop de curator gebruik maakt van zijn bevoegdheid ontbreekt. In uitzonderlijke gevallen kan een curator die

102. EHRM 16 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197 (*Société Colas Est e.a./Frankrijk*), r.o. 48 en 49; EHRM 2 oktober 2014, AB 2015/29 (*Delta Pekárny/Tsjechië*), r.o. 81 en 82.

103. EHRM 20 juni 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0620JUD003327496 (*Foxley/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 37; EHRM 17 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0717JUD003219096 (*Luordo/Italië*), r.o. 76 en EHRM 1 juni 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0601JUD004502798 (*Narinen/Finland*), r.o. 34.

zijn bevoegdheid overschrijdt ontslagen worden op grond van artikel 73 Fw. Het is echter de vraag of dit gezien kan worden als een effectieve controle. De rechtbank heeft immers een discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van een ontslagverzoek en kan daarom volstaan met een sobere motivering.¹⁰⁴ In de regel wordt een ontslagverzoek slechts onder zwaarwegende omstandigheden toegewezen.¹⁰⁵ Daarnaast kunnen alleen degenen die genoemd worden in artikel 73 lid 1 Fw een ontslagverzoek indienen, terwijl de curator ook mag binnentreden in plaatsen die door anderen gebruikt worden.¹⁰⁶

Om de binnentredingsbevoegdheid van de curator in overeenstemming met het EVRM te brengen, zou artikel 93a Fw ook een machtiging van de rechter-commissaris moeten vereisen als zonder toestemming van de gebruiker wordt binnengetrokken in bedrijfsruimten (en eventueel andere plaatsen).¹⁰⁷ Het toetsingskader van de Awbi zou dan overeenkomstig van toepassing kunnen zijn. Overigens doet het niets af aan de binnentredingsbevoegdheid van de curator dat het wettelijk kader niet in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. De curator heeft nu eenmaal op grond van de wet geen machtiging nodig voor het betreden van andere plaatsen dan woningen. Wel zou de wetgever er naar mijn mening goed aan doen om de binnentredingsbevoegdheid van de curator in de pas te laten lopen met de eisen die hieraan gesteld worden door het EHRM.

6. Conclusie

De centrale vraag van deze bijdrage was hoe ver de binnentredingsbevoegdheid van de curator reikt en of deze bevoegdheid ver genoeg gaat. Mag de curator zonder meer met de deur in huis vallen? De bevoegdheid van de curator tot binnentreden kent beperkingen en grenzen. Voor het betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner heeft de curator een machtiging nodig van de rechter-commissaris. Bij het geven van de machtiging en de uitoefening van de bevoegdheid tot binnentreden moet het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel in acht worden genomen. Daarnaast is de bevoegdheid van de curator

104. HR 28 juni 1985, *NJ* 1985/870.

105. Conclusie A-G Verkade vóór HR 20 juni 2008, ECLI:PHR:2008:BD1497, § 3.2; F.M.J. Verstijlen, *GS Faillissementswet*, artikel 73 Fw, aant. 3 (online, bijgewerkt t/m 10 februari 2017).

106. Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 2004, *JOR* 2004/122, waar een bestuurder van de failliete vennootschap niet ontvankelijk werd verklaard in zijn ontslagverzoek.

107. Ten aanzien van het bestuursrecht is deze conclusie ook getrokken door E.J. Dommering in zijn annotatie onder EHRM 16 april 2002 (*Société Colas Est e.a./Frankrijk*), *NJ* 2003/452, § 6 en T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in hun annotatie onder EHRM 2 april 2015 (*Vinci Construction & Génie Civil et Services/Frankrijk*), *AB* 2016/45, § 4.

Met de deur in huis vallen? Over de bevoegdheid tot binnentreden van de curator

beperkt tot binnentreden: tenzij het gaat om een plaats die exclusief door de failliet wordt gebruikt, heeft hij mijns inziens in beginsel niet de bevoegdheid om een betreden plaats te doorzoeken. Naar mijn mening moet de bevoegdheid van de curator op dit vlak uitgebreid worden.

Aan de deurwaarder is in artikel 444 lid 2 Rv de bevoegdheid gegeven om, in aanwezigheid van de burgemeester of een door hem gemachtigde politiefunctionaris die tevens hulpofficier van justitie is, deuren en huisraad te openen. Naar mijn mening moet deze bevoegdheid ook toegekend worden aan de curator. De rechter-commissaris is dan de aangewezen persoon om de rol van de burgemeester in artikel 444 lid 2 Rv te vervullen. Op die manier is de verregaandere bevoegdheid tot doorzoeking met gepaste waarborgen omkleed.

Daarnaast is de vraag opgeworpen of de binnentredingsbevoegdheid van de curator in overeenstemming is met artikel 8 EVRM en of in dit kader aanpassingen van de Faillissementswet nodig zijn. Het huisrecht van artikel 8 EVRM is ruimer dan het huisrecht van artikel 12 Gw. Ook ten aanzien van bedrijfsruimten kunnen natuurlijk personen en onder omstandigheden zelfs rechtspersonen een beroep doen op het huisrecht van artikel 8 EVRM. Om het binnentredingsrecht in overeenstemming te laten zijn met artikel 8 EVRM, dient het betreden van bedrijfsruimten (en eventueel andere plaatsen) met meer waarborgen omkleed te zijn. Dit kan bereikt worden door in artikel 93a Fw ook een machtiging te vereisen voor het zonder toestemming van de gebruiker betreden van andere plaatsen dan woningen. De procedurele vereisten die de Awbi stelt, kunnen van overeenkomstige toepassing worden verklaard.

De curator en de failliet in internationaal verband – ervaringen uit de herstructurering van Oi

L.J.J. KERSTENS EN H. ZOURAKHTI¹

1. Inleiding

Geen bundel is compleet zonder een kijkje over de grens te nemen. Doorgaans gebeurt dat redelijk aan het einde. Wij gaan er dan ook van uit dat, terwijl u dit leest, het zwaartepunt van de bundel op uw linkerhand rust. De reden daarvoor is wellicht deels gelegen in het feit dat internationale aspecten in het merendeel van de faillissementen geen of slechts een bescheiden rol spelen. In faillissementen waar wel een sterk internationaal karakter aanwezig is, wordt echter duidelijk dat het Nederlandse wettelijk kader behoorlijk achterloopt in vergelijking met andere landen. Dat geldt in het bijzonder wanneer de EU Insolventieverordening niet van toepassing is. De inspiratie voor dit artikel is gebaseerd op de ervaringen uit de wereldwijde herstructurering van het Braziliaanse telecombedrijf Oi, waaronder de faillissementen van twee Nederlandse financieringsmaatschappijen. Deze herstructurering, een van de grootste wereldwijd, heeft laten zien tegen welke complicaties men in de praktijk kan aanlopen als insolventieprocedures uit verschillende landen niet goed op elkaar aansluiten. Wij zullen de Oi-casus dan ook als uitgangspunt nemen, maar zullen zoveel mogelijk onze ervaringen in breder perspectief plaatsen. Gelet op het thema van deze bundel zullen wij vooral ingaan op de verhouding tussen de bewindvoerder/curator en (het bestuur van) de sursiet/failliet.

2. Erkenning van insolventieprocedures

2.1 *Territorialiteit vs. universaliteit*

De vraag naar internationale aspecten start bij de vraag naar de mate waarin buitenlandse (effecten van) insolventieprocedures worden erkend. Zoals bekend

1. Loek Kerstens en Hamza Zourakhti zijn advocaat bij Loyens en Loeff N.V. Zij zijn als adviseur van Oi S.A. betrokken bij de herstructurering van de Oi-groep. De in dit artikel besproken feiten zijn afkomstig uit publiek beschikbare informatie. Het doel van dit artikel is te signaleren welke (praktische) complicaties zich kunnen voordoen in een internationale context. De auteurs wijzen erop dat daarbij bepaalde nuances onvermeld kunnen zijn gebleven.

gaat Nederlands recht voor ‘inkomend’ verkeer uit van het territorialiteitsbeginsel. De gedachte bij het territorialiteitsbeginsel is dat een door een buitenlandse rechter uitgesproken faillissement in beginsel geen gevolgen heeft in Nederland. De algemene opvatting die uit de rechtspraak (in het bijzonder de *Yukos*-arresten) kan worden gedestilleerd, is dat het territorialiteitsbeginsel in Nederland beperkt wordt uitgelegd.² Dat betekent – kort gezegd – dat het buitenlandse faillissementsbeslag zich niet uitstrekt tot in Nederland gelegen goederen, maar dat overige gevolgen van het buitenlandse faillissement in beginsel werking hebben in Nederland, tenzij die gevolgen individueel verhaal door schuldeisers belemmeren.

Voor ‘uitgaand’ verkeer hanteert Nederland het universaliteitsbeginsel, dat ervan uit gaat dat een in Nederland uitgesproken insolventieprocedure en de gevolgen daarvan overal ter wereld worden erkend. Het universaliteitsbeginsel vindt zijn grenzen in het systeem van de jurisdictie waarin erkenning wordt verlangd.

Voor een gedetailleerde bespreking van (de reikwijdte van) het territorialiteitsbeginsel en universaliteitsbeginsel verwijzen wij naar Berends.³

2.2 *EU Insolventieverordening*

Bij de beschrijving van grensoverschrijdende insolventies kan de Europese Insolventieverordening 2000 (IVO)⁴ vanzelfsprekend niet onbesproken blijven. De Insolventieverordening 2000 bevat hoofdzakelijk regels van internationaal privaatrecht en heeft als belangrijk gevolg dat slechts de rechters van de lidstaat waar het zogeheten centrum van voornaamste belangen (COMI) zich bevindt, bevoegd zijn een (hoofd)insolventieprocedure te openen.⁵ Verder bepaalt de Insolventieverordening 2000 dat een insolventieprocedure en de gevolgen daarvan worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend. Het belangrijkste aspect van de Insolventieverordening 2000 is dat een uitgesproken insolventieprocedure – vanuit een universaliteitsgedachte – automatisch in alle overige lidstaten dient te worden erkend. In

2. Vgl. bijvoorbeeld A.J. Berends, ‘Internationaal insolventierecht: wat is er nog over van het territorialiteitsbeginsel?’, *TvI* 2014/33.

3. A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht* (Recht en Praktijk, nr. InsR2), Deventer: Kluwer 2011.

4. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (Insolventieverordening 2000 of IVO) en Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (Insolventieverordening (herschikking) of Herschikte IVO).

5. Artikel 3 lid 1 Insolventieverordening (herschikking).

andere lidstaten kan dan enkel nog een secundaire procedure worden geopend, mits de schuldenaar in de betreffende lidstaat een vestiging heeft.

Sinds de herschikking van de Insolventieverordening 2000, bepaalt artikel 41 Insolventieverordening (herschikking) dat de insolventiefunctionaris van de hoofdprocedure en de insolventiefunctionaris van de secundaire procedure met betrekking tot dezelfde schuldenaar onderling dienen samen te werken, voor zover dit niet onverenigbaar is met de op de respectieve procedures toepasselijke regels. Soortgelijke bepalingen gelden voor de samenwerking en communicatie tussen rechters (artikel 42) en de samenwerking en communicatie tussen insolventiefunctionarissen en rechters (artikel 43). Voor insolventieprocedures met betrekking tot leden van een groep bevat de Insolventieverordening (herschikking) een apart hoofdstuk (Hoofdstuk V, artikel 56-77). Dit hoofdstuk beoogt de uitvoering van insolventieprocedures met betrekking tot verschillende ondernemingen die deel uitmaken van een multinationale groep efficiënter te laten verlopen.

2.3 *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*

Voor overige buitenlandse insolventieprocedures kent Nederland geen erkenningssysteem. Dat systeem bestaat wel, in de vorm van de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (UNCITRAL Modelwet).⁶ Aan de UNCITRAL Modelwet ligt het voornoemde universaliteitsbeginsel ten grondslag: een insolventieprocedure stopt niet bij de landsgrenzen. De UNCITRAL Modelwet kent een regeling die voorziet in erkenning van een in een derde-land uitgesproken insolventieprocedure. Deze erkenning vindt niet automatisch plaats, maar is onderhevig aan rechterlijke toetsing in de staat waar erkenning wordt gezocht.⁷

Onder meer de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Australië en Japan hebben de UNCITRAL Modelwet aangenomen.⁸ Nederland heeft dat tot op

6. De UNCITRAL Modelwet is te raadplegen via www.uncitral.org.

7. Artikel 15 UNCITRAL Modelwet.

8. Voor een overzicht van landen die de UNCITRAL Modelwet hebben overgenomen, zie: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

heden niet gedaan, ondanks een toenemende roep vanuit de praktijk.⁹ In antwoord op Kamervragen heeft de Minister voor Rechtsbescherming in september 2018 aangegeven dat hij met de klankbordgroep faillissementsrecht wil bespreken in hoeverre het wenselijk is om over te gaan tot modernisering van de regels inzake afwikkeling van buitenlandse (niet-EU-)faillissementen.¹⁰

2.4 Conclusie

Hoewel het territorialiteitsbeginsel nog maar beperkt wordt uitgelegd, loopt Nederland bepaald niet voorop bij het erkennen van buitenlandse insolventieprocedures. Voor Europese aangelegenheden biedt de Insolventieverordening (herschikking) uitkomst. Voor overige gevallen moet worden teruggevallen op de uitleg van het territorialiteitsbeginsel in de rechtspraak.

3. De Oi-casus in vogelvlucht

3.1 De Oi-groep

Oi is een van 's werelds grootste aanbieders van telecommunicatiediensten. Nagenoeg alle activa bevinden zich in Brazilië, waar tevens de meeste activiteiten van de Oi-groep worden verricht. Gemeten naar de omvang van haar activiteiten is de Oi-groep een van de grootste bedrijven van Brazilië en een belangrijke werkgever met circa 140.000 directe en indirecte werknemers. De Oi-groep speelt een essentiële rol in de Braziliaanse telecommunicatie-infrastructuur en (het voortbestaan van) de Oi-groep is daarmee van essentieel belang voor de Braziliaanse economie.

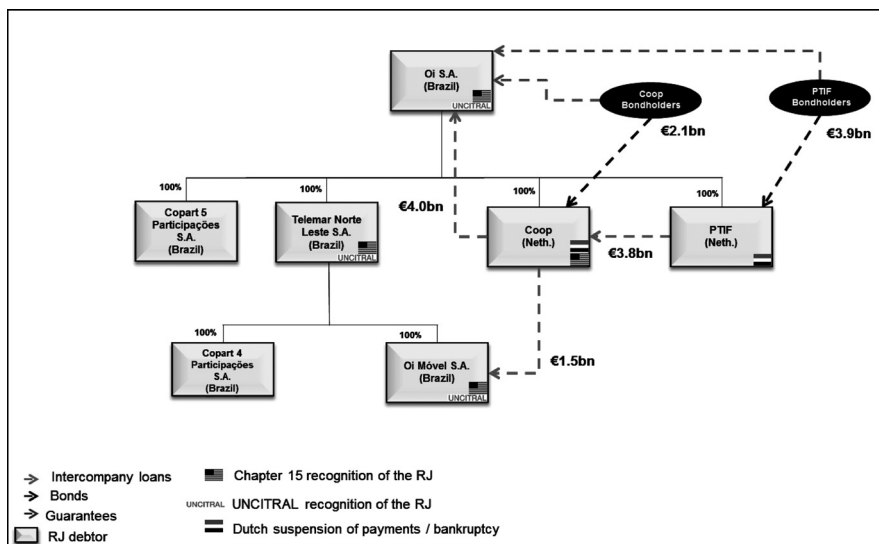
Aan het hoofd van de Oi-groep staat de Braziliaanse beursgenoteerde moeder Oi S.A. Daaronder hangen diverse dochtermaatschappijen, waaronder twee Nederlandse financieringsmaatschappijen: Oi Brasil Coöperatief U.A.

9. Zie onder meer R.J. van Galen, 'Cross-border insolvencies in the Netherlands: a new proposal', *Insolvency and Restructuring International* Vol. 2, No. 2, September 2008, p. 43-46; M.A. Broeders, 'Naar een Nederlandse regeling voor de erkenning van grensoverschrijdende insolventies', *Ondernemingsrecht* 2006/4; P.M. Veder, 'Plaatst Nederland zich alsnog 'aan de spits der moderne rechtsonwikkeling'?', in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 195-207; P.M. Veder, 'Bob's "Unvollendete"?', in: B. van Santen en D. van Offeren (eds.), *Perspectives on international insolvency law: a tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer 2014, p. 140-151, i.h.b. p. 150; R.D. Vriesendorp, 'Brexite en Nederlands internationaal insolventierecht', *TvI* 2016/25, J.R. Berkenbosch en S.C. Pepels, 'Het internationaal insolventierecht in beweging', *TvI* 2018/51.

10. Brief van 11 september 2018 van de Minister van Rechtsbescherming aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal met als onderwerp: Antwoorden Kamervragen 'Wetgeving rond internationale faillissementen is verouderd'.

De curator en de failliet in internationaal verband

(Coop) en Portugal Telecom International Finance B.V. (PTIF). Een vereenvoudigd structuuroverzicht van de Oi-groep ziet er als volgt uit:



De activiteiten van Coop en PTIF bestaan uit het aantrekken van financiering uit de internationale markt door het uitgeven van *notes* en het doorlenen van de aldus aangetrokken financiering aan (de operationele entiteiten van) de Oi-groep. De door Coop uitgegeven *notes* waren genoteerd aan de Irish Stock Exchange en werden beheerst door het recht van New York. De door PTIF uitgegeven *notes* waren deels genoteerd aan de London Stock Exchange en deels aan Euronext Lisbon en werden beheerst door Engels recht. Oi S.A. stond garant voor de verplichtingen van PTIF en Coop onder de uitgegeven *notes*.

Het actief van Coop en PTIF bestond voor het grootste deel uit vorderingen op groepsentiteiten. Daarbij is nog relevant om op te merken dat PTIF een vordering had op Coop van ongeveer € 3,8 miljard. Voorts hield PTIF nog ongeveer 16% van de aandelen in Oi S.A. in de vorm van zogenaamde *American Depositary Receipts*.

3.2 Recuperação judicial (RJ)

Door diverse omstandigheden is de Oi-groep begin 2016 in financiële nood terechtgekomen. De groep is vervolgens in gesprek gegaan met haar belangrijkste schuldeisers in een poging tot een buitengerechtelijke herstructurering te

komen. In juni 2016 bleek dat deze poging op korte termijn niet zou slagen. Daarop heeft Oi besloten tot het aanvragen van een geconsolideerde gerechtelijke herstructureringsprocedure in Brazilië (een zogenaamde *recuperação judicial*, hierna aan te duiden met RJ-procedure). Op 20 juni 2016 heeft Oi daartoe tezamen met diverse groepsentiteiten, waaronder de twee Nederlandse entiteiten Coop en PTIF, een verzoekschrift bij de rechtbank in Rio de Janeiro ingediend. Dit verzoek is op 22 juni voorlopig en op 29 juni 2016 definitief toegewezen.

Een RJ-procedure is enigszins vergelijkbaar met een voorlopige surseance van betaling naar Nederlands recht, die eveneens is gericht op het creëren van een adempauze voor de schuldenaar. Het voornaamste doel van de RJ-procedure is het redden van een onderneming door een herstructurering waarbij de continuïteit van de onderneming wordt gewaarborgd. De onderneming wordt daarbij in staat gesteld aan de schuldeisers een bindend akkoord aan te bieden (hierna aan te duiden met het RJ-plan). De RJ-procedure is een *court-driven* herstructureringsprocedure, waarbij de schuldenaar – in tegenstelling tot een Nederlandse surseance van betaling – volledig bevoegd blijft om materiële beslissingen te nemen. Daarmee vertoont de RJ-procedure een gelijkenis met de Amerikaanse *Chapter 11* procedure, waarbij de ‘*debtor in possession*’ centraal staat. Het gevolg van het initiëren van een RJ-procedure is dat naar Braziliaans recht nagenoeg alle vorderingen en executiemaatregelen tegen de entiteiten die deel uitmaken van de RJ-procedure gedurende een ruime periode (van in beginsel 180 werkdagen) worden geschorst.

Opgemerkt zij dat er in de RJ-procedure wel een gerechtelijke bewindvoerder (een zogenaamde *administrador judicial*) wordt benoemd, maar zijn bevoegdheden richten zich met name op de verificatieprocedure. Een gerechtelijke bewindvoerder mag zich derhalve niet bemoeien met het reilen en zeilen van de onderneming en de schuldenaar behoeft dus ook geen voorafgaande toestemming/machtiging van de bewindvoerder voor het nemen van besluiten.

Als onderdeel van de RJ-procedure moeten de RJ-debiteuren het RJ-plan uiterlijk op de 60e werkdag na de uitspraak van de RJ indienen. Indien de RJ-debiteuren het plan niet indienen binnen de daarvoor gestelde termijn, zal dit tot faillietverklaring leiden. Nadat het RJ-plan is ingediend, zal de Braziliaanse rechtbank daarvan melding maken. Daaropvolgend hebben schuldeisers een periode van 30 werkdagen om hun bezwaren tegen het RJ-plan kenbaar te maken. In de regel wordt eerst een pro forma RJ-plan ingediend om de termijn van 60 dagen te sauveren, waarna over de inhoud van het RJ-plan wordt onderhandeld met de schuldeisers. Nadien wordt dan een gewijzigd (en nader uitgewerkt) RJ-plan gedeponneerd waarover ter vergadering door de schuldeisers gestemd kan worden.

3.3 *Erkenning in Verenigd Koninkrijk en Verenigde Staten*

Een internationale gerechtelijke herstructurering vergt de nodige afstemming met andere jurisdicties. Oi heeft daarom erkenning gezocht van de RJ-procedure in diverse jurisdicties, waaronder het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. In beide jurisdicties is de UNCITRAL Modelwet geïmplementeerd die de basis biedt voor erkenning.

De *High Court of Justice of England and Wales* heeft per 23 juni 2016 de RJ-procedure erkend als *foreign main proceeding* ten aanzien van enkele entiteiten uit de Oi-groep. Voorts heeft een aantal entiteiten uit de Oi-groep, waaronder Coop, de *Bankruptcy Court of the Southern District of New York* verzocht om met betrekking tot hen de RJ-procedure te erkennen als de *foreign main proceeding*. Dit verzoek is gebaseerd op de bepalingen in *Chapter 15* van de *US Bankruptcy Code*, waarin de UNCITRAL Modelwet is vastgelegd. De rechtbank in New York heeft dit verzoek op 22 juli 2016 toegewezen.

3.4 *Geen erkenning in Nederland; stille bewindvoering en surseance van betaling*

Als besproken biedt Nederlands recht geen basis voor erkenning van buitenlandse (niet-EU) insolventieprocedures. Schuldeisers kunnen derhalve in Nederland nog steeds individueel (verhaals)acties starten. En dat gebeurde ook. Een aantal schuldeisers, onder aanvoering van hedgefonds Aurelius, vroeg in Nederland faillissement aan voor (aanvankelijk) Coop en (daarna) PTIF. Daardoor werden Coop en PTIF feitelijk gedwongen om defensief – als verdediging tegen een faillissement – in Nederland surseance van betaling aan te vragen en een akkoord aan te bieden.

Gelet op de omvang, complexiteit en het internationale karakter van de herstructurering hebben Coop en PTIF zich tot de Rechtbank Amsterdam gewend en verzocht om alvast beoogde bewindvoerders aan te wijzen. De beoogde bewindvoerders zouden zodoende tijd en gelegenheid krijgen om zich een goed beeld te vormen van de Oi-groep, de gevolgen en status van de RJ-procedure, en de samenhang en noodzakelijke afstemming tussen de Braziliaanse RJ-procedure en een Nederlandse surseance van betaling. De Rechtbank Amsterdam heeft dat belang ingezien en beoogde bewindvoerders benoemd bij (aanvankelijk) Coop en (nadien) PTIF.

Met de stille bewindvoerders is besproken op welke wijze de Nederlandse surseance van betaling zoveel mogelijk parallel zou kunnen lopen met het Braziliaanse proces. In overleg is vervolgens besproken om – bij het aanvragen van de surseance van betaling en het gelijktijdig aanbieden van een akkoord – de rechtbank te verzoeken om een ruime termijn te nemen voor de verificatieverga-

dering. De beide beoogde bewindvoerders hebben de rechtbank geadviseerd daarmee in te stemmen.

Ten aanzien van Coop is in augustus 2016 surseance van betaling verleend, gevolgd door PTIF in oktober 2016. Gelijktijdig met de aanvraag hebben Coop en PTIF een akkoord aangeboden. Omdat in dat stadium nog niet duidelijk was hoe het RJ-plan in Brazilië eruit zou gaan zien, hebben Coop en PTIF zogenaamde ‘spiegelakkoorden’ aangeboden. Dat houdt in dat Coop en PTIF hun schuldeisers exact datgene hebben geboden dat hen zou worden aangeboden in het RJ-plan en dat de vergoeding in het kader van het Nederlandse akkoord volledig zou worden voldaan door de prestaties onder het RJ-plan. Aangezien het RJ-plan uiteindelijk doorslaggevend was voor de Nederlandse akkoorden, en gelet op de voortdurende onderhandelingen daarover met de schuldeisers, was het belangrijk dat de stemming over de ‘spiegelakkoorden’ niet op de korte termijn zou plaatsvinden maar zoveel mogelijk parallel aan de RJ-procedure. De rechtbank heeft dat onderkend en, met expliciete verwijzing naar de afstemming met de RJ-procedure, de datum voor stemming op het Nederlandse akkoord geagendeerd voor medio mei 2017 (in het geval van Coop derhalve een termijn van ruim negen maanden).

3.5 *Conclusie*

Vanaf het moment dat de surseanceverzoeken waren toegewezen ontstond aldus een situatie waarbij op Coop en PTIF twee insolventieprocedures van toepassing waren: de Braziliaanse RJ-procedure en de Nederlandse surseance van betaling. Vanuit Braziliaans perspectief blijft het bestuur volledig beschikkingsbevoegd en wordt de Nederlandse bewindvoerder niet erkend. Vanuit het perspectief van Nederlands recht geldt juist dat het bestuur de exclusieve bevoegdheid tot beheer en beschikking kwijt is geraakt en enkel met medewerking of machtiging van de bewindvoerder kan handelen. Dat brengt zowel het bestuur als de bewindvoerder in een lastig parket. Tot welke praktische complicaties dit kan leiden zal in de paragraaf hierna worden besproken.

4. **Verhouding tussen bewindvoerders en (bestuur van) de sursiet**

4.1 *Inleiding*

In deze paragraaf zal worden stilgestaan bij het spanningsveld dat in een internationale context kan ontstaan tussen bewindvoerders en (het bestuur van) een sursiet. Daarbij zal in het bijzonder worden stilgestaan bij de situatie dat naast de surseance van betaling nog een andere (buitenlandse) insolventieprocedure van toepassing is.

4.2 *Geconsolideerde vs enkelvoudige behandeling*

In Nederland kennen wij in beginsel geen geconsolideerde afwikkeling van insolventieprocedures. Het uitgangspunt is dat afwikkeling plaatsvindt per afzonderlijke juridische entiteit, ook al zijn die entiteiten nauw met elkaar verbonden.¹¹ In andere jurisdicties wordt consolidatie onder omstandigheden wel toegestaan. In geval van consolidatie wordt gehandeld alsof er geen verschillende juridische entiteiten bestaan. De rechten en plichten van de verschillende in de consolidatie betrokken vennootschappen worden (fictief) samengevoegd tot de rechten en plichten van de geconsolideerde groep. Onderlinge rechtsverhoudingen tussen de in de consolidatie betrokken failliete entiteiten, zoals bijvoorbeeld *intercompany* vorderingen, worden geëlimineerd.

In Brazilië is het gebruikelijk dat een RJ-procedure op geconsolideerde basis wordt afgewikkeld. Dat betekent dus dat alle baten en lasten van alle RJ-debiteuren bij elkaar worden opgeteld. In het geval van Oi betekent dat, dat vanuit Braziliaans perspectief de vermogensbestanddelen van Coop en PTIF opgaan in het groepsvermogen en dat de substantiële *intercompany* vorderingen worden geëlimineerd. Voor een Nederlandse bewindvoerder (of curator) is dat een ongebruikelijke situatie. De bewindvoerders van Coop en PTIF hadden vooral moeite met het feit dat de *noteholders* naast een vordering op Coop of PTIF, ook een garantieclaim hadden op de Braziliaanse moeder Oi S.A. Bij een afwikkeling per entiteit zouden deze schuldeisers als het ware kunnen ‘*double dippen*’ (zij zouden op twee niveaus voor hun volledige vordering kunnen meedelen, vgl. artikel 136 en 160 Fw). De bewindvoerders zagen het doemscenario voor zich dat Coop en PTIF hun vermogensbestanddelen – vrijwel uitsluitend bestaand uit *intercompany* vorderingen – zagen opgaan in het grotere geheel, terwijl de schuldeisers hun mogelijkheid tot een ‘*double dip*’ zouden verliezen.

Zo beschreven, lijkt dat op het eerste gezicht een gegronde vrees. Daar staat echter tegenover dat zowel Coop als PTIF (en daarmee hun schuldeisers) volledig afhankelijk waren van de middelen die in Brazilië beschikbaar zouden komen. Zij hadden dus ook belang bij het slagen van de (geconsolideerde) RJ-procedure. Bovendien werden de garantieclaims in het RJ-plan niet genegeerd. Gegeven de aard van een geconsolideerde afwikkeling is het alleen zo dat er

11. Een uitzondering kan gelden indien sprake is van een zodanige vermenging van de vermogensbestanddelen van verschillende juridische entiteiten dat niet, of slechts tegen onevenredige kosten, kan worden vastgesteld welke (failliete) entiteit de eigenaar is van welke activa en/of passiva. HR 25 september 1987, *NJ* 1988/136, m.nt. Van der Grinten (*Van Kempen en Begeer/Zilfa en DCW*).

slechts één vergoeding wordt aangeboden voor beide vorderingen. De hoogte van die ene vergoeding zal de waarde van beide vorderingen moeten reflecteren. Het is uiteindelijk aan de schuldeisers om zich uit te spreken over het voorgestelde akkoord. En dat betekent dat de schuldenaar een plan zal moeten voorleggen dat voldoende aantrekkelijk is.

4.3 *Taakopvatting bewindvoerder*

Het feit dat een akkoord is aangeboden en daarover onderhandelingen plaatsvinden met schuldeisers, roept de vraag op wat de taak van een bewindvoerder is. Moet (of mag) hij zich actief met het (onderhandelings)proces bemoeien of past een meer passieve houding? De Faillissementswet bevat geen uitgebreide beschrijving van de wettelijke taken van een bewindvoerder. Een verklaring daarvoor is dat de surseance van betaling een ander karakter heeft dan een faillissement en de rol van een bewindvoerder afwijkt van die van een curator. Zijn rol is in beginsel beperkt tot het verlenen of onthouden van goedkeuring aan de schuldenaar ten aanzien van beheers- of beschikkingshandelingen ten aanzien van de boedel (artikel 228 Fw). In geval van een akkoord, dient de bewindvoerder uiteindelijk ter vergadering verslag uit te brengen over het aangeboden akkoord (artikel 265 Fw), maar een andere rol heeft de wetgever hem hierbij niet toebedeeld.

De vraag is of er aanleiding bestaat om de taken van een bewindvoerder uit te breiden in geval van een internationale herstructurering. De bewindvoerders van Coop en PTIF vonden van wel. Zij waren van mening dat zij een actieve(re) rol moesten hebben, onder anderen in het bewaken van het actief. Zij baseerden die taakopvatting op de complexiteit en het internationale karakter van de herstructurering. Zij wezen ook op de verschillende posities die beide entiteiten innamen in de herstructurering van de Oi-groep. Enerzijds waren zij schuldenaar (van hun schuldeisers). Anderzijds waren zij zelf ook schuldeiser, gelet op de substantiële *intercompany* vorderingen. Dat betekende volgens de bewindvoerders dat de Nederlandse entiteiten een akkoord zouden moeten aanbieden aan hun eigen schuldeisers, maar tegelijkertijd een uitkering zouden moeten ontvangen onder het Braziliaanse RJ-plan dat door de Oi-groep als geheel werd aangeboden. Door deze verschillende posities waren de bewindvoerders van mening dat van hen een actieve houding werd verwacht. Met name het besluit van de Oi-groep om niet uit te keren op de *intercompany* vorderingen was hierbij doorslaggevend, omdat dit volgens bewindvoerders zou leiden tot ‘sloping’ van het actief van Coop en PTIF. Zij beschouwden het daarom als hun taak om hiervoor te waken, en zich actief te bemoeien met de Braziliaanse RJ-procedure.

Deze houding kon in Brazilië op weinig enthousiasme rekenen. In een toch al moeizaam herstructureringsproces kreeg men ook nog te maken met Nederlandse bewindvoerders, die weliswaar als zodanig niet erkend werden maar in praktische zin niet genegeerd konden worden.

4.4 *Informatie-uitwisseling tussen bewindvoerder en (bestuur van) sursiet*

Een volgende relevante vraag is tot welke informatie een bewindvoerder toegang behoort te hebben en op welk moment die informatie dient te worden verstrekt. Het meest voor de hand liggende antwoord is dat een bewindvoerder in beginsel recht heeft op alle informatie die relevant is om zijn taak te kunnen uitoefenen. Toch is dat in de praktijk geen handzaam criterium. Bij het verschaffen van informatie dient een sursiet steeds de afweging te maken of het verstrekken van die informatie op een positieve wijze zal bijdragen aan de slagingskansen van de herstructurering.

Het spanningsveld dat kan ontstaan laat zich het best illustreren aan de hand van een voorbeeld. Als besproken is de RJ-procedure een geconsolideerde procedure. Dat betekent dat er ook gewerkt wordt met een geconsolideerde crediteurenlijst en er geen afzonderlijke (enkelvoudige) crediteurenlijsten worden gepubliceerd. Bij het aanvragen van surseance van betaling in Nederland schrijft het procesreglement voor dat de aanvragende entiteit een (separate) crediteurenlijst overlegt. Dat is in het geval van Coop en PTIF dan ook gebeurd. De bewindvoerders van Coop en PTIF namen met deze informatie echter geen genoegen. Zij eisten dat alle (Braziliaanse) RJ-debiteuren separate crediteurenlijsten zouden aanleveren, die bewindvoerders vervolgens openbaar konden maken. Hun argument daarbij was dat de schuldeisers van Coop en PTIF moesten kunnen beoordelen wat de financiële positie van iedere RJ debiteur was om te kunnen vergelijken wat hun positie zou zijn als er geen consolidatie zou plaatsvinden.

Dit punt zorgde om meerdere redenen voor frictie. Om te beginnen vroegen bewindvoerders om informatie die niet zonder meer voorhanden was en dus moest worden geproduceerd. Ten tweede eisten zij deze informatie niet van hun eigen sursiet maar van de Braziliaanse entiteiten in de RJ-procedure die daarmee in feite in de Nederlandse surseance van betaling werden betrokken. Dit stuitte op weerstand in Brazilië, temeer omdat de Braziliaanse rechter in die periode reeds had geoordeeld dat publicatie van separate crediteurenlijsten in het geval van Oi onacceptabel was omdat dit kon leiden tot een aanzienlijke en schadelijke vertraging in de RJ-procedure. Een derde relevant aspect betreft het moment waarop bewindvoerders deze informatie verzochten. De stemming op

het in Nederland aangeboden surseanceakkoord lag op dat moment nog vijf maanden in de toekomst en er vonden nog volop onderhandelingen plaats met schuldeisers over de voorwaarden van de RJ-plan. Coop en PTIF waren dan ook van mening dat zij de bewindvoerders voorzagen van alle informatie die op dat moment relevant was, terwijl bewindvoerders van mening waren dat zij werden buitengesloten en onvoldoende inzicht kregen in het herstructureringsproces.

4.5 *Communicatie met Braziliaanse rechter*

In een RJ-procedure is het gebruikelijk (en noodzakelijk) dat op frequente basis contact wordt onderhouden met de bevoegde rechter in Brazilië. In een RJ-procedure met de complexiteit en omvang van die van de Oi-groep, dienen op vrijwel dagelijkse basis talloze (proces)stukken te worden gedeponereerd bij de Braziliaanse rechtbank (zogenaamde '*filings*'). Deze *filings* hebben over het algemeen een administratief en niet-materieel karakter, maar kunnen in sommige gevallen ook relevant zijn voor de belangen van de crediteuren van de RJ-debiteuren. Naar Braziliaans recht is het bestuur van een RJ debiteur verplicht om alle handelingen te verrichten die nodig zijn voor het behoud van de RJ-procedure aangezien dat essentieel is voor de kans van slagen. Dat betekent dus ook dat het bestuur verplicht is om tijdig en op de juiste wijze de relevante (proces)stukken in te dienen. In de praktijk verstrekt het bestuur hiertoe een volmacht aan het advocatenkantoor dat de RJ-procedure begeleidt. Gelet op de dikwijls zeer krappe deadlines, vinden deze *filings* vaak plaats zonder die eerst nog ter goedkeuring aan het bestuur voor te leggen, behoudens voor zover die *filings* een materieel karakter hebben. In een geconsolideerde RJ-procedure geldt bovendien dat stukken steeds namens alle RJ-debiteuren gezamenlijk moeten worden gedeponereerd. Afzonderlijke entiteiten kunnen zich daar niet aan onttrekken en dat geldt dus ook voor Coop en PTIF.

Vanuit Nederlands recht beschouwd roept dit de vraag op of het indienen van stukken bij de Braziliaanse rechtbank (mede namens Coop en PTIF) kwalificeert als een daad van beheer en beschikking, waarvoor goedkeuring van de bewindvoerders is vereist. Het zal niet verbazen dat de bewindvoerders van Coop en PTIF van mening waren dat deze vraag in beginsel bevestigend dient te worden beantwoord. De consequentie daarvan is echter dat in de praktijk een onwerkbaar situatie ontstaat. Als gezegd moest de Oi-groep op vrijwel dagelijkse basis stukken indienen. De deadlines die daarvoor gelden zijn kort (soms maar enkele dagen) en alle stukken moeten worden opgesteld in het Portugees. Dat maakt het praktisch onmogelijk om ieder stuk vooraf te laten goedkeuren door een Nederlandse bewindvoerder. Bovendien: als een Neder-

landse bewindvoerder erop staat dat ieder stuk voorafgaand door hem wordt goedgekeurd (en die goedkeuring dus ook kan worden onthouden), dan eist hij daarmee in feite dat alle RJ-debiteuren (waaronder diverse Braziliaanse entiteiten) hun controle over de RJ-procedure voor een belangrijk deel overdragen aan een Nederlandse bewindvoerder. Dat is onwerkbaar in een internationale herstructurering en zou – in een omgekeerde situatie – in Nederland ook niet geaccepteerd worden.

In de praktijk ligt de oplossing voor dit soort gevallen in het maken van werkafspraken. Zo kan bijvoorbeeld worden afgesproken dat een sursiet en diens bewindvoerder gezamenlijk vaststellen welke *filings* materieel en welke niet-materieel zijn. Men kan vervolgens afspreken dat uitsluitend de materiele stukken inhoudelijk met de bewindvoerder worden besproken. En als bestuur en bewindvoerder vervolgens over de inhoud van een bepaald stuk van mening blijken te verschillen, kan worden afgesproken dat de bewindvoerder in staat wordt gesteld om zijn *dissenting opinion* kenbaar te maken in een bijlage bij het in te dienen stuk. Dit was ook wat de Oi-groep aan de Nederlandse bewindvoerders van Coop en PTIF heeft voorgesteld. De Oi-groep heeft vervolgens ook enkele keren een stuk ingediend bij de Braziliaanse rechtbank met daarbij gevoegd een door de Nederlandse bewindvoerders opgestelde bijlage. Desondanks bleken deze werkafspraken geen bestendige oplossing.

Een *fling* in het bijzonder betreft het deponeren van het geconsolideerde RJ-plan. Dit vond plaats op 5 september 2016 zonder voorafgaand overleg met de bewindvoerders. Zoals hiervoor besproken was dit slechts een eerste (min of meer pro forma) versie van het RJ-plan om de aflopende 60-dagen termijn te stuiten. Dit concept voorzag al wel in het voorstel dat op *intercompany* vorderingen geen uitkering zou volgen. Bewindvoerders waren van mening dat het aanbieden van het RJ-plan kwalificeert als daad van beheer of beschikking. In de visie van Coop en PTIF was dit niets anders dan het aanbieden van een akkoord dat naar zijn aard onderworpen is aan de goedkeuring van schuldeisers en dat (ook naar Nederlands recht) de exclusieve bevoegdheid is van de schuldenaar (artikel 252 Fw).

4.6 *Aankondiging verzoek intrekking surseance – beschermingsmaatregelen in Brazilië*

Eind 2016 was de relatie tussen bewindvoerders en (het bestuur van) Coop en PTIF ernstig bekoeld. Bovendien stonden beide bewindvoerders onder toeneemende druk van een kleine groep schuldeisers, onder aanvoering van het eerdergenoemde hedge fonds Aurelius. Oi en de bewindvoerders slaagden er

niet in een oplossing te bereiken voor de knelpunten die aan beide kanten bestonden. In dat soort gevallen beschikt een bewindvoerder over het ultieme middel: verzoeken om intrekking van de surseance van betaling (ex artikel 242 Fw). In november 2016 kondigden de bewindvoerders aan dit middel te gaan inzetten. Een van hun belangrijkste argumenten daarbij was dat zij als curator een grotere invloed zouden kunnen uitoefenen op de RJ-procedure. De bewindvoerder van Coop kondigde in het bijzonder aan dat hij ernaar streefde dat de RJ-procedure ten aanzien van Coop niet langer zou worden erkend in de Verenigde Staten en dat hij een paulianaprocedure zou starten in Nederland ten aanzien van enkele *intercompany* leningsovereenkomsten.

Zowel vanuit Nederlands perspectief, maar (vooral) ook Braziliaans perspectief namen daarmee de zorgen toe dat de houding van de Nederlandse bewindvoerders de wereldwijde herstructurering van de Oi-groep zou verstoren en mogelijk in gevaar zou brengen. Om die reden heeft de Oi-groep zich tot de Braziliaanse rechter gewend met het verzoek beschermingsmaatregelen te treffen. De verzochte maatregelen bestaan onder meer uit een verbod aan de bewindvoerders om bepaalde handelingen te verrichten die de RJ-procedure zouden kunnen frustreren (op straffe van boetes).

4.7 Conclusie

Het voorgaande geeft enig inzicht in de problematiek die zich kan voordoen in de verhouding tussen een bewindvoerder en (het bestuur van) een sursiet in een internationale context. Dat geldt in het bijzonder als insolventieprocedures niet op elkaar aansluiten en over en weer niet worden erkend.

5. Intrekkingverzoeken ex artikel 242 Fw

Bij verzoekschriften van 1 december 2016 hebben de bewindvoerders van Coop en PTIF de Rechtbank Amsterdam verzocht de surseance van betaling van Coop en PTIF in te trekken en ten aanzien van beide entiteiten het faillissement uit te spreken. Als argumenten hebben bewindvoerders onder meer de hierboven genoemde knelpunten aangevoerd. Daarnaast hebben ook enkele schuldeisers, onder aanvoering van Aurelius, om intrekking verzocht. Alle verzoeken zijn min of meer gelijktijdig behandeld. Wij zullen hierna ingaan op het oordeel van de Rechtbank Amsterdam, vervolgens het Hof Amsterdam en uiteindelijk de Hoge Raad ten aanzien van de hiervoor besproken twistpunten.

5.1 *Rechtbank Amsterdam*

Opvallend is dat de rechtbank bij de beoordeling tot uitgangspunt neemt dat Coop- en PTIF-financieringsmaatschappijen zijn van de Oi-groep en zij hun bestaansrecht uitsluitend danken aan die positie. De rechtbank overweegt ook dat de schuldeisers van Coop en PTIF ervoor hebben gekozen te investeren in de Oi-groep en niet zozeer in Coop of PTIF.¹² Dat is een belangrijke constatering, omdat de rechtbank zich hier rekenschap geeft van de economische realiteit en het internationale karakter van de Oi-groep en diens herstructurering. De rechtbank stelt voorts voorop dat aan Coop en PTIF (voorlopige) surseance van betaling is verleend omdat de Oi-groep bezig is om *going concern* te herstructureren door middel van een met de schuldeisers onderhandeld en door de schuldeisers goedgekeurd RJ akkoord en zodoende liquidatie te voorkomen. Met het oog daarop is, aldus de rechtbank, bij de verlening van de (voorlopige) surseance van betaling tot mei 2017 de tijd gegeven om een (van het RJ akkoord afgeleid) Nederlands akkoord aan te bieden. De vraag die de rechtbank zichzelf stelt is of de situatie zodanig anders is dan op het moment waarop de surseance werd verleend dat het inmiddels in het belang is van de schuldeisers dat de surseance wordt ingetrokken. De rechtbank is van oordeel dat dit niet het geval is.

Ten aanzien van de informatievoorziening merkt de rechtbank op dat informatie zodanig tijdig aan de bewindvoerders moet worden verstrekt dat zij hun advies omtrent het aangeboden akkoord geïnformeerd kunnen opstellen (artikel 265 lid 1 Fw). De rechtbank oordeelt dat de bewindvoerders – in het licht van het feit dat op dat moment de onderhandelingen over het RJ-plan nog gaande waren – onvoldoende gemotiveerd hebben onderbouwd dat zij de door hen verzochte informatie op dat moment al nodig hadden en dat (het bestuur van) Coop en PTIF reeds gehouden was om die informatie te verstrekken. De rechtbank vond het nog te vroeg om te (kunnen) beoordelen en vast te (kunnen) stellen dat het aanbod in het kader van een akkoord niet beter zal zijn dan wat schuldeisers uitgekeerd zouden krijgen in geval van vereffening binnen een faillissement. In zoverre is, aldus de rechtbank, onvoldoende aannemelijk geworden dat Coop en PTIF op dat moment handelden in strijd met het bepaalde in artikel 242 lid 1 onder 4 Fw.¹³

12. Rechtbank Amsterdam 2 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:645, *JOR* 2017/116, m.nt. Van Galen (*Coop*), r.o. 8.3. De PTIF-beschikking bevat een soortgelijke overweging, zie Rechtbank Amsterdam 2 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:646, r.o. 8.3.

13. Coop beschikking r.o. 8.11; PTIF-beschikking r.o. 8.11.

Over de *filings* merkt de rechtbank het volgende op. De verwijten van de bewindvoerders gaan naar het oordeel van de rechtbank niet op. Coop en PTIF hebben onweersproken gesteld dat in de RJ-procedure op voortdurende basis *filings* plaatsvinden die door de RJ-debiteuren gezamenlijk moeten worden gedaan, waarvan de meeste administratief en niet-materieel van aard zijn en geen wezenlijke invloed hebben op de positie van Coop en PTIF of die van hun schuldeisers. De rechtbank weegt hierbij mee dat deadlines soms erg strak zijn en dat Coop en PTIF een (niet onredelijke) werkmodus hadden voorgesteld aan de bewindvoerders. Bovendien is de rechtbank van mening dat deze *filings*, ook de *filing* waarmee een ontwerp RJ-plan is ingediend, niet kunnen worden aangemerkt als daad van beheer of beschikking. Daarbij weegt de rechtbank mee dat het RJ-plan slechts een conceptplan betrof. Ten aanzien van de *filing* waarin beschermingsmaatregelen werden verzocht tegen de bewindvoerders moet volgens de rechtbank worden aangenomen dat dit een reactie was op de mededeling dat een verzoek tot intrekking zou worden gedaan en daaraan geen vervolg zou worden gegeven als de surseance gehandhaafd zou blijven.¹⁴

De rechtbank besluit het vonnis met een wijze raad aan partijen:

“De rechtbank realiseert zich dat de bewindvoerder van mening is dat hij in de situatie zoals die zich heeft ontwikkeld onvoldoende actief bij het herstructureringsproces wordt betrokken en zijn taak daardoor niet naar behoren kan vervullen (tijdens zijn pleidooi zei hij dat inmiddels – mede door de tegen hem gerichte filing van 28 november 2016 – naar zijn idee nu het dieptepunt is bereikt), maar dat is op zich geen reden om zijn verzoek toe te wijzen. In het licht hiervan wenst de rechtbank echter wel te benadrukken dat voor (het bestuur van) Oi Coop samenwerking met de bewindvoerder noodzakelijk is om – ook – de Nederlandse surseance van betaling tot een goed einde te brengen en – zoals een ieder hoopt – af te kunnen sluiten met een (ook) voor de schuldeisers van Oi Coop gunstig of in ieder geval aanvaardbaar akkoord. Om dat te kunnen bereiken komt het de rechtbank voor dat het aan te bevelen is dat de bewindvoerder en (het bestuur van) Oi Coop met elkaar in gesprek gaan om de verwachtingen over en weer voor de resterende periode (opnieuw) met elkaar af te stemmen en om de bewindvoerder in staat te stellen zijn taak – die in de Nederlandse Faillissementswet inderdaad, zoals beide partijen ook aangeven, niet

14. Coop-beschikking r.o. 8.13-8.17; PTIF-beschikking r.o. 8.12-8.18.

*duidelijk is omschreven – behoorlijk te vervullen. Partijen zijn immers door de surseance nu eenmaal “tot elkaar veroordeeld” en moeten het samen- in het belang van de schuldeisers, in dit geval in het bijzonder die van Oi Coop – tot een goed einde brengen.”*¹⁵

5.2 Hof Amsterdam

Mede gelet op de duidelijke hint van de rechtbank hebben de bewindvoerders geen hoger beroep ingesteld tegen de beschikkingen van de rechtbank. Onder andere Aurelius deed dat wel. En dus moest het hof alsnog ingaan op de overwegingen van de rechtbank. Daarbij hebben de bewindvoerders overigens wel hun zienswijzen gegeven aan het hof, die overeenkwamen met de standpunten die zij in eerste aanleg hebben aangevoerd (en die zijn op die manier alsnog in het hoger beroep betrokken).

Het hof komt, anders dan de rechtbank, tot het oordeel dat het aanbieden van het RJ-plan een daad van beheer of beschikking betreffende een boedelbestanddeel oplevert.¹⁶ Het hof doelt daarbij vooral op het feit dat afstand zou worden gedaan van de *intercompany* vorderingen. Volgens het hof was hiervoor toestemming van de bewindvoerders vereist. Het hof komt voorts tot het oordeel dat Coop en PTIF niet bereid zijn gebleken tot het beantwoorden van de vragen van de bewindvoerders. Het hof verwijt het bestuur een passieve, afwachtende houding. Het hof onderkent dat Coop en PTIF als financieringsmaatschappijen van de Oi-groep hun handelen wensen af te stemmen op de gerechtvaardigde belangen van de groep waartoe zij behoren, maar dit laat onverlet dat zij de belangen van hun eigen schuldeisers niet uit het oog mogen verliezen. Daarmee is, aldus het hof, niet verenigbaar dat (het bestuur van) Coop en PTIF de bewindvoerders geen althans onvoldoende informatie hebben verschaft waardoor de bewindvoerders onvoldoende inzicht hadden in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen.¹⁷ Het hof heeft de surseance van betaling van Coop en PTIF vervolgens ingetrokken en beide entiteiten failliet verklaard.

15. Coop-beschikking r.o. 8.20; PTIF-beschikking r.o. 8.21.

16. Ten aanzien van Coop: Hof Amsterdam 19 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1325, *RI* 2017/60, r.o. 4.12. De PTIF-beschikking bevat een soortgelijke overweging, zie Hof Amsterdam 19 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1326, *RI* 2017/61, r.o. 5.10.

17. Coop-beschikking r.o. 4.13; PTIF-beschikking r.o. 5.11.

5.3 *Hoge Raad*

Tegen het arrest van het hof hebben Coop en PTIF cassatie ingesteld. In ongetwijfeld een van de snelste cassatieprocedures uit de recente geschiedenis¹⁸ heeft de Hoge Raad het arrest van het hof in stand gelaten.¹⁹

De Hoge Raad oordeelt dat hetgeen Coop en PTIF betogen, erop neer komt dat de aan hen in Nederland verleende surseance van betaling ondergeschikt dient te zijn aan de herstructureringsprocedure in Brazilië en dat de bewindvoerders daarom niet of slechts beperkt betrokken hoeven te worden. Deze opvatting kan niet worden aanvaard, aldus de Hoge Raad die benadrukt dat op Coop en PTIF als in Nederland gevestigde vennootschappen het Nederlandse faillissementsrecht van toepassing is. Dat betekent dat de regels van de Faillissementswet in beginsel onverkort op hen van toepassing zijn, waaronder de regel dat een sursiet nog slechts tezamen met de bewindvoerder het beheer en de beschikking over zijn vermogen heeft. Bij gebreke van een (toepasselijke) internationale of een bijzondere nationale regeling in andere zin, is er volgens de Hoge Raad geen grond om hierop een uitzondering te maken in verband met het feit dat Coop en PTIF behoren tot een internationale groep van met elkaar verbonden vennootschappen die het centrum van zijn voornaamste belangen in het buitenland heeft en ten aanzien waarvan in dat buitenland een herstructureringsprocedure loopt, zoals de RJ-procedure. Met dat feit kan wel rekening worden gehouden waar de wet daarvoor ruimte laat, aldus de Hoge Raad. Ook wijst hij erop dat de bewindvoerder en de curator in een geval zoals dit bij hun beleid wel mede rekening kunnen houden met de belangen van de groep als geheel. Maar, zo benadrukt de Hoge Raad, als uitgangspunt geldt de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de leden van een groep.

Ten aanzien van de indiening van het RJ-plan en het daarin vervatte voorstel dat op *intercompany* vorderingen geen uitkering zal plaatsvinden, overweegt de Hoge Raad het volgende.²⁰ Hij stelt om te beginnen vast dat het oordeel van het hof erop neer komt dat Coop en PTIF zich met hun instemming met het RJ-plan hebben gebonden aan het namens de groep in de RJ-procedure gedane aanbod voor een akkoord. Dit oordeel van het hof berust volgens de Hoge Raad op een uitleg van het gedane aanbod en van de betrokkenheid daarbij van Coop en

18. De cassatierekestten dateren van 1 mei 2017, de verweren van de curatoren dateren van 9 juni 2017, A-G Timmerman concludeerde binnen twaalf dagen op 21 juni 2017, waarna in beide zaken op 7 juli 2017 de beschikking van de Hoge Raad volgde.

19. HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1281, NJ 2018/363 (*Coop*) en HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1281, NJ 2018/364, m.nt. Verstijlen (*PTIF*).

20. Coop-beschikking, r.o. 3.8.2; PTIF-beschikking, r.o. 3.8.2.

PTIF, welke uitleg in verband met zijn feitelijke karakter in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. Onbegrijpelijk acht de Hoge Raad die uitleg echter niet. Uitgaande van die uitleg is het oordeel van het hof dat sprake is van een daad van beheer of beschikking juist, omdat bij die uitleg Coop en PTIF met het aanbod mede de boedel hebben willen binden (ten opzichte van in elk geval de andere vennootschappen van de groep). Dat is anders dan bij een aanbod als bedoeld in artikel 252 Fw het geval is, met welk aanbod de schuldenaar uitsluitend zichzelf en niet de boedel bindt, aldus de Hoge Raad.

Ten aanzien van de informatieverschaffing overweegt de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat Coop en PTIF de bewindvoerders voldoende inzicht behoorden te verschaffen in de Braziliaanse akkoordonderhandelingen en de geconsolideerde herstructurering van de schulden in het kader van de RJ-procedure, in algemene zin juist is.²¹ De Hoge Raad hangt dit op aan artikel 228 lid 1 Fw, dat voorschrijft dat de schuldenaar tijdens de surseance de medewerking van de bewindvoerder nodig heeft bij het beheer en de beschikking over zijn vermogen. Deze bepaling brengt volgens de Hoge Raad mee dat de schuldenaar de bewindvoerder naar behoren zal moeten informeren omtrent hetgeen daarvoor van belang is.

6. Verhouding tussen curator en (bestuur van) de failliet

6.1 Inleiding

Met het uitspreken (en definitief worden van) de faillissementen, was het in Nederland tijdens de surseance van betaling aangeboden (spiegel)akkoord automatisch van tafel. Omdat daarop nog geen stemming had plaatsgevonden, konden Coop en PTIF in faillissement opnieuw een akkoord aanbieden. Van die mogelijkheid hebben zij ook gebruikgemaakt. In de onderstaande paragrafen zal nog kort stil worden gestaan bij enkele relevante ontwikkelingen tijdens faillissement en de invloed daarvan op de verhouding tussen curatoren en (de besturen van) Coop en PTIF.

6.2 Beschermingsmaatregelen in Brazilië

Om te beginnen betekende de faillietverklaring door het Hof Amsterdam dat de Braziliaanse rechter moest beslissen op de door Oi verzochte beschermingsmaatregelen (vgl. § 4.6 hiervóór). De Braziliaanse rechter heeft deze verzoeken toegewezen op 12 mei 2017 met onder andere de navolgende overwegingen:

21. Coop-beschikking, r.o. 3.9.1-3.9.3; PTIF-beschikking, r.o. 3.9.1 en 3.9.2.

“By not performing any operational activities, any organized economic activities for the production or circulation of goods and services (which characterizes business activity, under the terms of Art. 966 of the CC), the foreign vehicles – wholly owned subsidiaries of the Brazilian operating company – must be understood for what they are: mere assets, simple vehicles created abroad to allow for financial transactions by the holding company, undergoing reorganization in Brazil, so there is no reason for them to act independently and contrary to the interests of their parent company.

(...)

In addition, the decision [to open RJ proceedings, toevoeging auteurs] had international support in the United States, the United Kingdom, and Portugal, which admitted and recognized the Brazilian court-supervised reorganization process, thus ensuring the protection necessary for companies in crisis also in foreign territory. The Netherlands was the only country that disagreed with said position, having gone so far as to decree the bankruptcy of the Dutch companies, as if they were operational and independent companies, causing the mess that is now being examined.”

Deze overwegingen maken duidelijk hoe zeer de perspectieven in Nederland en Brazilië van elkaar verschilden. De beslissing van de Braziliaanse rechter hield in dat de Nederlandse curatoren zich dienden te onthouden van enige actie gericht op (i) het frustreren van het bestuur van Coop en PTIF in het uitoefenen van hun bestuurstaken; (ii) het beschikken over vermogensbestanddelen van Coop en PTIF in enige jurisdictie op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid; (iii) het aanwenden van financiële middelen van Coop en PTIF voor het betalen van het honorarium van advocaten (in welke jurisdictie dan ook) die hebben bijgedragen aan de conversie van de surseance van betaling in faillissement. Een en ander op straffe van een boete van BRL 300.000 (omgerekend ruim € 60.000) per overtreding.

6.3 *Paulianaprocedure in Nederland, Chapter 15-procedure in New York*

De curator van Coop trok zich van dreigende boetes niets aan en startte twee procedures. Op 30 mei 2017 (nog hangende de cassatieprocedure inzake de faillietverklaring) bracht de curator een dagvaarding uit aan twee groepsvennootschappen van Coop. De inzet van die procedure was onder meer de vernietiging van enkele door Coop verstrekte groepsleningen (op grond van de faillissementspauliana) en een verklaring voor recht dat de betreffende groeps-

vennootschappen onrechtmatig hadden gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Coop (een zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering). In een incidentele vordering vorderde de curator bovendien een voorschot van € 1,7 miljard op de te betalen schadevergoeding. Toewijzing van dit bedrag zou de mogelijkheden voor Coop om een nieuw akkoord aan te bieden ernstig in gevaar brengen. Een interessante vraag in dat verband is of een failliet onder dit soort omstandigheden recht heeft op en belang heeft bij tussenkomst in een dergelijke door de curator geïnitieerde procedure (artikel 217 Rv). Coop heeft daartoe een poging ondernomen, maar de Rechtbank Amsterdam heeft de vordering tot tussenkomst afgewezen, omdat tussenkomst van een failliet in een dergelijke procedure niet in het systeem van de wet zou passen.²² Tegen die uitspraak is Coop tevergeefs in hoger beroep gegaan. Het Hof Amsterdam oordeelde dat het indirecte gevolg van het slagen van (een van) de door de curator ingestelde vorderingen zou kunnen zijn dat Coop geen akkoord in haar faillissement kan aanbieden en daardoor ophoudt te bestaan, maar dat dit geen reden vormt om af te wijken van het stelsel dat de wetgever voor ogen heeft gehad.²³

Naast de procedure in Nederland, is de curator van Coop in New York een procedure gestart met als inzet het opheffen van de erkenning van de RJ als *foreign main proceeding* ten aanzien van Coop.²⁴ Daarmee beoogde de curator van Coop (met steun van Aurelius) te bewerkstelligen dat de Nederlandse faillissementsprocedure zou worden aangemerkt als *foreign main proceeding*, terwijl de RJ-procedure als *foreign non-main proceeding* moest worden aangemerkt. Toewijzing van het verzoek van de curator van Coop zou uiterst schadelijk zijn geweest voor de wereldwijde herstructurering van de Oi-groep. De Amerikaanse rechter heeft het verzoek van de curator van Coop echter in een uitvoerig gemotiveerde beslissing afgewezen en zijn eerdere uitspraak omtrent de erkenning van de RJ Proceeding als *foreign main proceeding* in stand gelaten.²⁵

7. Conclusie

Met het voorgaande is gepoogd enig inzicht te geven in de verhouding tussen de bewindvoerder/curator en (het bestuur van) de sursiet/failliet in een inter-

22. Deze uitspraak is niet gepubliceerd.

23. Hof Amsterdam 5 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5065, *JOR* 2018/130, m.nt. M.C. van Genugten. Naar onze mening valt het nodige af te dingen op het oordeel van het hof, maar een nadere bespreking gaat het bestek van dit artikel te buiten.

24. Zoals hierboven beschreven in § 3.3, heeft de rechtbank in New York de RJ-procedure erkent als *foreign main proceeding* ten aanzien van een aantal entiteiten van de Oi-groep, waaronder Coop.

25. United States Bankruptcy Court Southern District of New York 4 december 2017, *JOR* 2018/57, m.nt. B. Wessels.

ationale context. Aan dit verhaal zit een happy end. Op 20 december 2017 is met een grote meerderheid het RJ-plan aangenomen in Brazilië. Vervolgens hebben in Nederland op 1 juni 2018 de verificatievergaderingen van Coop en PTIF plaatsgevonden, waarbij ook de Nederlandse (spiegel)akkoorden vrijwel unaniem zijn aangenomen. Bij beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 11 juni 2018 zijn de akkoorden gehomologeerd.²⁶ De faillissementen van Coop en PTIF zijn daarmee automatisch geëindigd en dat betekende vanzelfsprekend ook het einde van de hiervoor beschreven paulianaprocedure.

Aan de Oi casus kunnen twee mogelijke conclusies verbonden worden. De eerste conclusie zou kunnen zijn dat het kennelijk mogelijk is om complexe internationale herstructurerings met Nederlandse entiteiten succesvol af te ronden onder het bestaande wettelijke systeem en er dus niets hoeft te veranderen. De tweede conclusie zou kunnen zijn dat het wellicht toch wel prettig zou zijn om bewindvoerders en curatoren wat meer instrumenten te bieden om in een internationale context te kunnen meebewegen met processen die zich vooral in een andere jurisdictie afspelen. Het zal niet verbazen dat wij die tweede conclusie aanhangen.

Een voor de hand liggende stap zou zijn om de UNCITRAL Modelwet te implementeren. Dat zou in ieder geval een erkenning van de RJ ten aanzien van de Braziliaanse entiteiten van de Oi-groep mogelijk hebben gemaakt. Ten aanzien van Coop en PTIF zou een dergelijke erkenning in alle realiteit – ook onder de UNCITRAL Modelwet – minder eenvoudig zijn geweest. Toch zouden wij niet willen onderschatten dat de implementatie van de UNCITRAL Modelwet (en daarmee een wettelijke verankering van erkenningsmogelijkheden) een belangrijke signaalfunctie heeft, die Nederlandse bewindvoerders en curatoren comfort en rugdekking biedt indien zij betrokken zijn in een complexe internationale herstructurering. Dat zou vooral van belang kunnen zijn in gevallen waarin zij onder druk worden gezet door schuldeisers die proberen het herstructureringsproces te frustreren.

26. Rechtbank Amsterdam 11 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5048, *JOR* 2018/259, m.nt. W.J.M. van Andel (*Coop*) en Rechtbank Amsterdam 11 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5047 (*PTIF*).